This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Rd June, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO XI

3177 Spain. Laws, statutes, etc. Codes. Civil

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO XI

Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. — Donación.

MADRID

IMPRENTA DE RICARDO ROJAS

Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1896

Es propiedad del autor.
Queda hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (disposición preliminar y títulos I y II del libro III del Código) y los proyectos de 1851, 1832 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS

Libro III.—Título IV.—Artículos 940 al 972.

Título IV: De las donaciones entre vivos.—Capítulo I: De la naturaleza de las donaciones entre vivos, y de sus diferentes especies (artículos 940 al 945).—Capítulo II: De la forma de las donaciones (artículos 946 al 952).—Capítulo III: De la medida y efectos de la donación (artículos 953 al 959).—Capítulo IV: De la revocación y reducción de las donaciones (artículos 960 al 972).

Consideraciones generales.—Como puede observarse por la lectura del sumario precedente, el proyecto de Código civil de 1851 estudia la materia de donaciones en cuatro capítulos, guardando el contenido de ellos perfecta analogía con los correspondientes del Código patrio.

Dicho está que el progreso de los tiempos ha influído en este cuerpo legal, por cuyo motivo la redacción de los epígrafes de los capítulos y la distribución de materias la encontramos más en armonía con las modernas exigencias del

idioma y con el plan científico que campea en los Códigos de otras Naciones.

El proyecto que estudiamos no incluye entre los diferentes modos de adquirir la propiedad, ni en parte alguna, la ocupación, falta lamentable en nuestro sentir, toda vez que siempre se la ha considerado como el primero de los modos naturales de adquisición de la propiedad, y de manera categórica aparece consignada en la ley 17, título XXVIII de la Partida 3.ª, que sin duda no fué tenida en cuenta por el autor del proyecto.

De todas suertes, entendemos que el Código vigente ha procedido con más acierto al considerar la ocupación como uno de los diferentes modos de adquirir la propiedad, guardando toda la consideración á que son acreedores, los precedentes patrios y los principios jurídicos.

De la naturaleza de las donaciones.—La donación entre vivos, según el art. 940 del proyecto, es un acto de espontánea liberalidad, por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas, debiéndose regir las donaciones (art. 941) por las reglas generales de los contratos y obligaciones, en todo lo que no se halle determinado especialmente en el título que se dedica á examinar esta materia.

Las donaciones hechas para después de la muerte del donante que consistieren en una cosa específica no fungible, pueden hacerse entre vivos; pero si tuvieren por objeto el todo ó una parte alícuota de los bienes del donante, ó una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades.

Este precepto, que forma el contenido del art. 942 del proyecto, es análogo al del 620 del Código, sucediendo lo mismo con el del art. 943, que se refiere á las donaciones á título oneroso y remuneratorias, que se regirán como los contratos de igual clase las primeras y por las disposiciones del título de donaciones las segundas.

Todas las personas ó Corporaciones capaces de recibir por testamento, lo son en iguales términos y con las mismas limitaciones para recibir por donación.

Por último, tanto el art. 945 del proyecto como el 623 del Código, convienen en que la donación se perfecciona desde que el donatario la acepta y el donante conoce la aceptación.

De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones. A pesar de que la redacción del epígrafe que lleva este capítulo del Código, difiere del correspondiente del proyecto que trata de la forma de las donaciones, el texto del articulado en general guarda bastante analogía en uno y otro cuerpo legal.

El proyecto, en sus artículos 946 y 947, sustenta la misma doctrina que el Código en el 633, es decir, que para la validez de las donaciones es indispensable el otorgamiento de escritura pública, debiéndose expresar en ella individualmente los bienes donados, el valor de todos y cada uno de ellos y las cargas y deudas que se imponen al donatario.

La aceptación ha de hacerse en la misma escritura y en vida del donante, sin cuyo requisito no surtirá efecto alguno.

Cuando se haga en escritura distinta, debe notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, anotándose dicha diligencia en ambas escrituras.

Respecto de la donación de bienes muebles, el proyecto considera necesario el otorgamiento de escritura pública, como si se tratase de bienes raíces; pero establece una excepción á favor de aquéllos, cuando el valor no llegue á cien duros, en cuyo caso, surtirá efecto la donación, siempre que conste de cualquier modo, pero con certeza, el hecho mismo de la donación, el de la aceptación ó tradición y la capacidad del donador ó donatario.

La disposición transcrita es aplicable á los regalos autorizados por el uso, aunque su valor exceda de dicha cantidad.

El Código, en su art. 632, no se extiende en tantas consideraciones; no estima de necesidad, como el proyecto, el otorgamiento de escritura pública, y se limita á consignar que la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito, exigiendo en el primer caso la entrega simultánea de la cosa donada, sin cuyo requisito no surtirá efecto.

Los artículos 948 y 630 del proyecto y Código respectivamente son iguales en el fondo y en la forma, y consignan que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí ó por medio de persona debidamente autorizada, con poder especial para el caso concreto de que se trate, ó con poder general para aceptar toda clase de donaciones.

Las personas que tienen facultad para aceptar las herencias y mandas hechas á los que están sujetos á la patria potestad, tutela ó curaduría (art. 949 del proyecto), á los pobres y á cualquiera Corporación, podrán también aceptar, en su nombre respectivamente, las donaciones que se les hicieren.

Este precepto, que no se halla textualmente consignado en el Código, bien puede equipararse con el del art. 625 del mencionado cuerpo legal, que considera con capacidad para aceptar donaciones á todos aquellos que no estén imposibilitados de hacerlo por la ley.

Los artículos 951 del proyecto y 631 del Código guardan perfecta consonancia en sus disposiciones, si bien el proyecto, algo más previsor, faculta á las personas impedidas de aceptar, para hacer por sí las diligencias de notificación y anotación, si los obligados fueren negligentes.

El proyecto consigna en este segundo capítulo que examinamos, un artículo que juzgamos innecesario, y omitido por esta consideración, sin duda, en el Código. Se refiere al caso de la mujer casada, la cual no podrá aceptar donaciones sino con licencia de su marido.

El proyecto omite, en cambio, un precepto que consigna el Código, y es el relativo á la aceptación de las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos (art. 627).

De los efectos y limitación de las donaciones.—Este capítulo, que en el proyecto de 1851 se denomina «De la medida y efectos de las donaciones», consta de siete artículos, que, por lo general, guardan bastante identidad con los que forman el capítulo correspondiente del Código que lleva por epígrafe el de este párrafo.

Tal acontece, por ejemplo, con los artículos 953, 954, 955, 957, 958 y 959 del proyecto, que son iguales en el fondo, y los tres primeros hasta en la forma, á los 634, 636, 637, 639, 640 y 641 del Código.

El art. 956 del proyecto que ha servido de precedente al 638 del Código, dispone que el donador no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, si no lo hubiere estipulado; pero el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que, en caso de evicción, pertenecerían al donador.

De la revocación y reducción de las donaciones.—Este capítulo, que aparece igualmente consignado en el proyecto, discrepa en algunos puntos con el del Código. Sólo encontramos perfecta semejanza en los artículos 967, 969 y 972 del proyecto, y 649, 653 y 659 del Código.

Disponen estos artículos que, sin embargo de que se declare revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores al registro de la demanda de revocación, siendo anuladas las posteriores.

La acción concedida al donante por causa de ingratitud no se transmitirá á sus herederos si, pudiendo ejercitarla, hubiere dejado de efectuarlo, no debiéndose tampoco ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que, á la muerte de éste, se hubiere ya intentado.

Si las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán las más recientes, por el orden posterior de la fecha de su otorgamiento, en lo que resultare exceso.

A pesar de que el Código, en su art. 644, ha tenido en cuenta, como no podía menos, el precepto del art. 960 del proyecto, se advierte alguna diferencia, como anteriormente hemos hecho notar.

Dice el art. 960 que las donaciones hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos ni descendientes legítimos, quedarán revocadas por el solo hecho de sobrevenir un hijo, también legítimo, del donador, nacido con todas las condiciones necesarias para considerarle vivo. Si el hijo sobreviviente fuere ilegítimo, no quedará nula la donación sino en el caso de ser legitimado.

En este caso, dice el art. 961 del proyecto, en consonancia con el art. 645 del Código, los bienes donados se devolverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que hubiere hecho ó hipotecas que sobre ellos hubiere constituído el donatario.

El Código en el artículo mencionado aclara más la cuestión, y está conforme en la restitución de los bienes donados ó del valor de los mismos en el caso de que los hubiese vendido el donatario.

Igual ocurre en el caso de que los bienes no pudieren ser restituídos; se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Tampoco están conformes el Código y el proyecto en el tiempo para la prescripción de la acción de revocación por supervenencia de hijos, puesto que mientras el primero en su artículo 646 fija el transcurso de cinco años, el proyecto, en su art. 962, estima necesario treinta.

En cambio, se hallan de acuerdo en el tiempo para la prescripción de la acción concedida al donante por causa de ingratitud. Tanto el proyecto como el Código en sus artículos 968 y 652, estiman necesario el transcurso de un año, contado desde que el donante pudo ejercitar la acción.

Respecto de las causas por las cuales puede revocarse la donación á instancia del donante, guardan perfecta confor-

midad ambos cuerpos legales en sus artículos 964, 965, 647 y 648.

Lo mismo sucede con las donaciones que tienen el carácter de inoficiosas.

Los artículos 654 del Código y 971 del proyecto dicen que dichas donaciones deberán ser reducidas en cuanto al exceso, no obstando esta reducción para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Por último, el proyecto y el Código establecen que cuando fuere revocada la donación por causa de ingratitud, tendrá el donante derecho para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros poseedores, atendiéndose al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

PROYECTO DE 1882

Libro III.—Disposición preliminar.—Título I. Artículos 606 al 614.

Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad.—Disposición preliminar (art. 606).—Título I: De la ocupación (artículos 607 al 614).

Como quiera que el proyecto de 1882 ha venido á ser como el molde ó turquesa donde se ha fundido el Código vigente, no es de extrañar que las diferencias que entre uno y otro se perciben sean de tan escasa monta y transcendencia, que casi sin incurrir en exageración, puede asegurarse que el Código actual, en los extremos que vamos á examinar, es trasunto del proyecto.

Por lo que afecta al plan expositivo, en orden á la total distribución de materias en libros, así el proyecto como el Código consagran el tercero á tratar de los diferentes modos

de adquirir la propiedad, confiriéndole la primacía al más rudimentario, á aquel que más afinidades muestra con la aprehensión puramente natural, en una palabra, á la ocupación. Pero antes de penetrar en el examen y desarrollo de este modo adquisitivo originario, así el Código que comparamos como el repetido proyecto dedican una disposición preliminar á establecer que la propiedad se adquiere por ocupación; y que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada é intestada, por efecto de los contratos y por medio de la prescripción.

Mas á pesar de la identidad de conceptos, no puede afirmarse que ésta sea plena, porque el Código ha complementado el proyecto, añadiendo un nuevo modo adquisitivo, *la ley*, y aclarando el referente al que se realiza por contrato, á virtud de la adición de la *traditio*, como medio por efecto del cual la adquisición se perfecciona y consuma. No es fácil dilucidar de buenas á primeras si los propósitos del legislador de 1889 han respondido en la realidad al fin de esclarecer la obra del legislador de 1882, porque, como dice, en nuestro sentir con razón sobrada, un distinguido Catedrático de la Universidad de Barcelona, la ley no es modo civil de adquirir ni con tal carácter figura en las legislaciones antiguas y modernas. Si, pues, la agregación como modo adquisitivo de la ley más ha servido para entenebrecer que para aclarar; mejor valdría volver á la primitiva sencillez del proyecto de 1882, siquiera éste también incidiese en redundancia, cual la de considerar como modo adquisitivo diverso del contrato á la donación, siendo así que ésta no pasa de ser un contrato unilateral, porque la prestación constitutiva de la causa se otorga ó concede por una sola de las partes, pero que se perfecciona por el consentimiento de ambas.

Entrando ya en la comparación de los artículos que el proyecto y el Código dedican al desenvolvimiento de la ocu-

pación, las diferencias entre uno y otro se desvanecen porque son tan leves, que casi es preferible prescindir de ellas. Así, por ejemplo, en el art. 607 del proyecto, que corresponde exactamente al 610 del Código, después de expresarse que los bienes que carecen de dueño y son apropiables por su naturaleza, se adquieren por la ocupación, se añade por vía de enunciado expositivo y como aditamento y complementación necesaria del artículo: *Tales son los animales que forman objeto de la caza y de la pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas:* con cuyo enunciado, el lector desde luego adquiere la noción práctica, digámoslo así, de aquellos bienes sobre los cuales puede recaer la ocupación. El Código ha corregido gramaticalmente la versión del proyecto, y lo que antes aparecía como el complemento eminentemente práctico de una noción teórica, pero expresivo de la totalidad de la idea, ofrécesenos ahora como un enunciado por vía de ejemplo, que deja en el ánimo la duda de si la ocupación como modo adquisitivo puede recaer sobre otros objetos que no sean los animales objeto de la caza y pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas.

Otra leve diferencia percíbese por lo que respecta al artículo que trata de la persecución y ocupación de los enjambres de abejas. Redúcese todo ello á que el Código en este particular, más previsor que el proyecto, dispone que si el propietario perseguidor de un enjambre tuviese necesidad de penetrar en un fundo ajeno, necesitará, si éste estuviese cercado, el consentimiento del dueño.

Lo propio decimos del precepto referente al hallazgo de una cosa mueble que no sea tesoro. Existe entre ambos, proyecto y Código, identidad en la doctrina; pero el segundo, como obra más madura y reflexiva, prevé mejor las contingencias de la realidad, y por esto, supliendo lagunas del primero, presume el caso de que las cosas halladas pudieran deteriorarse fácilmente, ó exigiesen para su conservación gastos que disminuyeran notablemente su valor, disponiendo

que puedan venderse en pública subasta luego que hubieren pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño.

Salvadas estas leves discrepancias, no media ninguna otra diferencia entre el Código que comparamos y el proyecto que le antecedió, así por lo que respecta á la doctrina jurídica que se desenvuelve, como al texto con que se expresa.

Título II.—De la donación.

Capítulo I: Naturaleza de las donaciones y sus efectos (artículos 615 al 620).—Capítulo II: De las personas que pueden dar ó recibir por donación (artículos 621 al 632).—Capítulo III: De la limitación y efectos de las donaciones (artículos 633 al 642).—Capítulo IV: De la revocación y reducción de las donaciones (artículos 643 al 655).

Naturaleza de las donaciones.—Los dos cuerpos legales que examinamos, el uno en su categoría de derecho archivado y el otro en la de derecho vigente, principian la materia jurídica relativa á la donación definiéndola de la propia manera y diciendo que es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta. Coinciden asimismo en considerar como donación la que se hace al donatario por sus méritos ó servicios prestados al donante, siempre que no tengan la categoría de deudas exigibles, y aquellas en que se le impone un gravamen inferior al valor de lo donado.

Tampoco discrepan en relegar las donaciones llamadas *mortis causa* al campo propio de los legados, con los cuales se confunden por exacta yuxtaposición. Y por el tenor de los preceptos expresados, todos los artículos del proyecto y del Código son idénticos, excepto el último del capítulo, porque si bien es verdad que no discrepan en la doctrina, sí en su texto, toda vez que el legislador de 1882 dice que la donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta, y

el de 1889, con mayor propiedad en la frase, pero menos exactitud en el concepto, expone que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Personas que pueden dar ó recibir por donación.—Tal es la materia de los capítulos II respectivos de los títulos que los cuerpos legales que comparamos consagran al desenvolvimiento de la donación.

La comparación entre uno y otro descubre una perfecta analogía que nos libera de toda labor expositiva, bastándonos hacer constar que, salvas algunas cercenaduras hechas por el Código vigente, acaso con mengua de la claridad, los artículos 624 al 633 de este último contienen la misma doctrina que los 621 al 632 del proyecto, y no sólo la misma doctrina, sino hasta las mismas palabras.

Tomándolo del art. 1.478 del Código portugués, decía el segundo párrafo del art. 623 del proyecto de 1882 que las donaciones puras y simples hechas á las personas incapaces producen efecto en todo cuanto les sea favorable, independientemente de la aceptación. El Código, estimando sin duda virtualmente comprendido este caso en el art. 626, ha suprimido la aclaración de una plumada, dejando al buen criterio de los legislados deducir por interpretación la tesis que el proyecto desenvolvía expositivamente.

Algo análogo ha sucedido con el art. 625 del proyecto, correspondiente al 628 del Código. Conceptuando aquél, con bonísimo acuerdo, así como sus congéneres los artículos 1.053 del Código de Italia y 1.481 del lusitano, que la indeterminación de lo que debe entenderse por personas interpuestas podía trocarse en abundoso manantial de dudas y cuestiones, expresó que debían considerarse como tales los ascendientes, descendientes y consortes de los inhábiles. A juzgar por lo acaecido, también debió parecerle al legislador de 1889 excesivamente paternal y previsora esta solicitud del legislador de 1882, porque, bien por estimar errónea ó defi-

ciente la enunciación del concepto y la enumeración de las personas comprendidas, ó por otra causa no revelada y, por lo mismo, desconocida para los legislados, es lo cierto que también suprimió dicho párrafo, dando con ello labor á los comentaristas y á los Tribunales.

De la limitación y efectos de las donaciones.—La única diferencia, digna de mencionarse, que existe entre el proyecto y el Código vigente se contrae á la supresión en este último de un párrafo que figuraba en el proyecto, copiado del art. 1.470 del Código portugués, y según el cual, cuando la donación fuera de la totalidad de los bienes, responderá el donatario por todas las deudas del donante, anteriormente contraídas, salvo declaración en contrario; pero tan sólo hasta donde alcanzaren los bienes donados y hecha antes excusión de los bienes del donante.

La omisión deliberada que de este texto se nota en el Código, denuncia desde luego el propósito contrario de los legisladores, y á mayor abundamiento y en corroboración de dicha idea, puede aducirse el segundo párrafo del art. 643, según el cual, se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes suficientes para pagar las deudas anteriores á ella.

De la revocación y reducción de las donaciones.—Acaso sea este último capítulo el que menos sensibles alteraciones ha sufrido al ser trasplantado del proyecto de 1882 al Código que hoy rige.

Dada esta cuasi identidad entre uno y otro, nos concretaremos á apuntar sumariamente y por el mismo orden en que se ofrecen, así las discrepancias en la redacción como en el concepto.

Hablando el proyecto de la revocación de las donaciones por la superveniencia de hijos, mencionaba entre éstos á los ilegítimos reconocidos; mas como quiera que el reconocimiento sólo puede recaer sobre los hijos naturales propia-

mente dichos, el Código, con buen acuerdo, ha depurado la frase, mencionando, en vez de los hijos ilegítimos, á los naturales reconocidos.

También ha perfeccionado el texto del art. 645 del proyecto, correspondiente al art. 646 del Código, por cuanto hablando del término de la acción de revocación por superveniencia de hijos, determina como momentos á contar de los cuales se cuenta el lapso prescriptivo, no sólo el nacimiento del hijo legítimo, sino la legitimación ó reconocimiento del hijo natural y el instante en que se tuvo noticia del hijo que se reputaba muerto.

Por último, en el art. 655, al ocuparse el Código de que los donatarios, los legatarios y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella, ha particularizado, digámoslo así, la personalidad de los legatarios, refiriéndose con exclusividad á los que lo sean de parte alícuota, particularización ésta omitida por el proyecto de 1882.

ALEMANIA

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Repetimos una vez más lo dicho en tomos anteriores al ocuparnos del proyecto de codificación alemán: esto es, que así por no haber pasado dicho proyecto de la categoría de esperanza, sin haber logrado la madurez del fruto, cuanto por lo que difiere, en su plan expositivo, de nuestro Código y de la generalidad de los cuerpos legales hoy vigentes, nos limitamos á exponer sus preceptos por lo mismo que su conocimiento no debe ser indiferente, ni pasar su mención desapercibida, en una obra que, cual la que nos ocupa, si su tonalidad más pronunciada es la del comento práctico y puramente positivo, de vez en cuando y para mayor perfección de aquél, espiga por la legislación comparada y aun por los surcos de la filosofía del derecho.

Libro III.—De los derechos reales.

Sección IV: De la propiedad.—Título III: De la adquisición de la propiedad mueble.—Capítulo V: De la apropiación.—Capítulo VI: De las cosas halladas.

La sola lectura de los enunciados que anteceden descubre en el proyecto que examinamos un espíritu profundamente observador que se revela por el encadenamiento científico con que se van presentando las materias. Dentro del marco general del libro consagrado á la exposición de los derechos reales, en su más vasto concepto, la sección IV, donde se desenvuelve el derecho real por excelencia, la propiedad. Como hijuela de esta sección IV, el título III, referente á la adquisición de la propiedad mueble; y como últimos vástagos ó ramas de este título, los capítulos V y VI, relativos á la apropiación y al hallazgo, temas jurídicos ambos comprendidos en nuestro Código bajo el calificativo genérico y acaso no muy apropiado de ocupación.

Pensando el legislador alemán en que la laxitud de contenido del vocablo ocupación es engendradora de confusiones, porque el más leve y rudimentario acto de aprehensión puede ser calificado sin recelo de acto de ocupación, y teniendo en cuenta de otro lado que la llamada por los legistas y expositores ocupación se contrae á las cosas muebles que carecen de dueño y por su naturaleza son susceptibles de una relación de propiedad, prescindió de un enunciado genérico cual el de ocupación, y sin modificar el contenido de la institución legal, bautizóla con el nombre de *apropiación,* cualificándola, ó por mejor decir, delimitando su contenido por la subordinación al plan expositivo, desde el punto en que la situó y abarcó dentro del título concerniente á la adquisición de la propiedad mueble y como una rama ó secuela del mismo.

Bajo el enunciado «*De la apropiación*» se desenvuelven

en el Código germánico los mismos temas y motivos que en el Código patrio bajo el apelativo «*De la ocupación*». He aquí la prueba de nuestro aserto.

Comienza el proyecto alemán, en su art. 903, por establecer el dogma universalmente aceptado de que la ocupación de una cosa mueble sin dueño confiere la propiedad al ocupante (apropiación). En corroboración del principio, y como pasiva, si vale la expresión, del mismo, añade el susodicho art. 903 del proyecto que la propiedad no se adquiere cuando la apropiación hállase prohibida por la ley ó cuando lesiona ó atenta los derechos de apropiación de otra persona.

En el orden de la naturaleza ofrécense, como materia apta de la apropiación, multitud de seres que, cual los animales bravíos, pueden ser aprehendidos por las artes inteligentes de la caza y de la pesca.

Mientras estos animales gozan de la independencia propia de su naturaleza salvaje, no pertenecen á nadie; su inapropiedad, si se nos consiente el neologismo, es palmaria y perceptible por los sentidos.

En el orden jurídico, y por lo que respecta á las cosas muebles, propiamente tales, es decir, á aquellas que, ó producto directo de la naturaleza ó transformadas por la industria humana, constituyen el objeto de múltiples relaciones de propiedad, pueden también ofrecérsenos sin que pertenezcan á ninguno en particular, y, por lo tanto, aptas para ser apropiadas.

A uno y otro orden de objetos susceptibles de apropiación provee el proyecto de Código civil germánico, y por esto el artículo 905 dispone que las bestias salvajes carecen de dueño mientras gozan de su libertad natural, así como que estos mismos animales bravíos ya ocupados se tornan *nullius* cuando se reintegran á su primitivo y natural estado de libertad. Complementando la doctrina, añade el artículo que los animales amansados se considerarán sin dueño cuando

hubiesen perdido la costumbre de volver al lugar que les estuviese destinado.

Refiriéndose á las cosas muebles abandonadas, dispone el art. 904 del proyecto, que una cosa mueble, cuyo propietario cesa voluntariamente en su posesión sin transferírsela á otra persona y declarando su intención de abandonarla, se considera desde luego como sin dueño.

Sin salir de la esfera peculiar de la apropiación y sin poderse subordinar en absoluto á las reglas jurídicas que desenvuelven y ordenan la apropiación de los animales fieros, existe una especie de éstos, la de las abejas, que por constituir la base de una industria importante y requerir, en su consecuencia, una protección abiertamente en disonancia con los cánones fundamentales que rigen en punto á los animales bravíos, ha sido en todas las legislaciones materia de preceptos especiales. El proyecto alemán no podía sustraerse de esta ley, y por eso los artículos 906 al 909 inclusive sientan esos preceptos de excepción al aforismo repetido por el Digesto romano y la Instituta justiniánea de *Apium quoque natura fera est.*

La doctrina contenida en los aludidos artículos 906 al 909 del proyecto que estamos examinando es como sigue:

* Un enjambre de abejas que se hubiere volado de su colmena, se considera *nullius* si el propietario no lo persigue inmediatamente, ó si abandona la persecución, ó si el enjambre se aleja tanto que, perdiéndose de vista, no se sabe dónde se encuentra.

* El propietario de un enjambre de abejas tiene para perseguirlo el derecho de penetrar en el fundo ajeno y apoderarse del enjambre, allí donde éste se hubiere posado.

Si el enjambre penetrase en colmenas ajenas no ocupadas, el propietario perseguidor, para recuperarlo, puede abrir estas colmenas, y aun destruir los panales si fuere preciso. En este caso, deberá indemnizar convenientemente al dueño de las colmenas.

* Si muchos enjambres procedentes de diversas colmenas pertenecientes á distintos propietarios, viniesen á reunirse, confundiéndose en aquel lugar donde se hubiesen posado, los propietarios que los persigan adquieren la propiedad indivisa por cuotas ó fracciones del enjambre total que se hubiere llegado á reunir.

Las partes se determinarán según el número de enjambres perseguidos.

* Si un enjambre penetrare en una colmena ajena, pero ya ocupada, la propiedad y los demás derechos que pudieran tenerse sobre las abejas que ocupaban la colmena se extienden al enjambre que nuevamente hubiere penetrado.

Por el contrario, la propiedad y los demás derechos que pudieran tenerse sobre el enjambre se extinguen.

El derecho-habiente desposeído carece de toda acción para reclamar indemnización al nuevo propietario en razón del provecho ó beneficio que éste hubiere podido obtener.

Sin entrar en comparaciones, de las cuales hemos deliberadamente prescindido, desde luego se percibe que el proyecto alemán, por lo que toca á los particulares expuestos, es más concreto, minucioso y científico que el Código patrio, y sobre todo, revela una fuerza analítica á cien codos de altura de la revelada por el legislador español, más propicio para copiar que para prever.

*
* *

Como rama diferente de la apropiación, en el capítulo IV del título dedicado á desenvolver la adquisición de la propiedad mueble, trata el proyecto germánico de las cosas encontradas, ó dicho en términos más lacónicos, del hallazgo. De igual manera que con respecto á la apropiación, muéstrase el autor del proyecto tan saturado de la realidad y tan extremadamente previsor, que bien puede asegurarse que

sorprende y recoge los más menudos detalles, sin llegar por eso á las lindes del casuismo.

Desarróllase el capítulo VI en 19 artículos que comprenden desde el 910 al 928 inclusive, y su contenido puede subdividirse según el orden de materias en tres partes, á saber:

A) Preceptos que consagran desde un punto de vista general la restitución de la cosa perdida á su legítimo dueño.

B) Disposiciones que garantizan el derecho del inventor al premio del hallazgo y al abono de las impensas que hubiere hecho para la conservación de la cosa hallada.

C) Medidas que aseguran al inventor la adjudicación y dominio del hallazgo, cuando éste no fuere reclamado tempestivamente por su propietario.

Por vía de complemento, y en el último de los artículos del capítulo, se expone la doctrina relativa al tesoro, acomodándose, como no podía ser menos, á la que es norma universalmente aceptada, es decir, á la que sanciona que la mitad del tesoro sea para el inventor y la otra mitad para el dueño del suelo ó del muro donde aquél hubiere sido ocultado en tiempos lejanos de ignorado recuerdo.

Bosquejada en breves trazos la armadura del capítulo, veamos cómo los autores del proyecto han edificado sobre ella.

A) Preceptos que consagran desde un punto de vista general la restitución de la cosa perdida á su legítimo dueño.

* Todo el que encontrare un objeto perdido ó sin poseedor, lo mismo que aquel que tomase posesión, debe inmediatamente advertírselo al propietario ó al que hubiere perdido dicho objeto.

Cuando estos últimos no fuesen conocidos del inventor ni tampoco las señas de sus domicilios, debe dar inmediatamente aviso á la Policía del hallazgo y de todas las circuns-

tancias que pudiesen contribuir al encuentro de la persona que hubiese padecido el extravío del objeto.

Los funcionarios de Policía del lugar del hallazgo deben hacerlo público por medio de edictos ó del modo más conveniente, según las circunstancias y atendido el valor del objeto.

* Todo el que hubiere encontrado un objeto debe conservarlo y cuidarlo.

Cuando fuese de temer el deterioro del objeto ó cuando su conservación exigiese grandes gastos, el poseedor, previa declaración en las oficinas de Policía, debe proceder á la venta en pública almoneda y bajo la fe de actuario competente ó por mediación de otro funcionario con derecho á intervenir en las ventas públicas ó de un Comisario tasador, de conformidad con lo dispuesto en el art. 536 de la Ordenanza de la Industria y Comercio.

* El poseedor del hallazgo queda, por lo que á este último se refiere, bajo la jurisdicción de los jefes de Policía, mas tiene el derecho de depositar el objeto ó el importe de la venta en las oficinas, quedando por este depósito, libre, para lo futuro, de toda obligación proveniente del hecho del hallazgo.

* Si la cosa se adjudica en subasta pública, de conformidad con el penúltimo apartado, el precio se subroga en el lugar del objeto en todo lo que atañe á las relaciones jurídicas de la cosa vendida.

B) Disposiciones que garantizan el derecho del inventor al premio del hallazgo y al abono de las impensas que hubiere hecho para la conservación de la cosa hallada.

* El que hubiere encontrado un objeto puede, al restituírselo á su legítimo dueño ó poseedor, exigir: 1.° El reembolso de las impensas hechas para la conservación y la guarda de la cosa y para la busca de su dueño; mas esto en el caso de que la hubiese cuidado con la solicitud y esmero del buen padre de familia. 2.° El pago de una recompensa por el hallazgo.

Esta recompensa se estima en el 5 por 100 del valor de la cosa, si no excediese de 300 marcos, y en el 1 por 100 respecto del exceso de dicha suma. Para el cómputo del premio del hallazgo, debe ante todo deducirse del valor del objeto el importe de las impensas reembolsables al inventor.

Cuando la cosa sólo tuviese valor de afección para su dueño ó poseedor, al Tribunal le incumbe fijar la cuantía de la recompensa.

Todo derecho á ser recompensado por el hallazgo cesa cuando el inventor prescinde de notificar el sucedido á las oficinas de Policía.

* En garantía de los derechos á que alude el apartado anterior, el autor del hallazgo puede retener la cosa encontrada hasta que se le abonen los gastos de conservación y la recompensa.

Si, esto no obstante, al restituir el objeto, el autor del hallazgo se reserva sus derechos, declarándolo así expresamente, tendrá una acción personal contra el dueño ó poseedor que lo hubiere recibido. Para que esta reserva de derechos sea válida, no es preciso indicar el importe de la indemnización que se reclame.

* Los derechos del autor del hallazgo no padecen merma por la remisión de la cosa á las oficinas de Policía. Los jefes de la Policía no deben devolver la cosa al que sobre ella tenga derecho, sino con el consentimiento de quien la hubiere encontrado.

C) Medidas que aseguran al inventor la adjudicación y dominio del hallazgo cuando éste no fuere reclamado tempestivamente por su propietario.

* Si no se hubiese producido ninguna reclamación del objeto perdido, los jefes de las oficinas de Policía deben, así que haya transcurrido un año, á contar de la publicación del hallazgo, expedir para el inventor, si lo solicitare, un certificado en que así se haga constar.

Por motivos especiales, la Policía puede retardar la ex-

pedición de dicho certificado, durante un plazo de tres años, á partir de la declaración del hallazgo.

Por el libramiento de la aludida certificación, el que encontró el objeto adquiere el dominio pleno del mismo; y por el propio hecho se extinguen todos los derechos que pudieran existir sobre la cosa objeto del hallazgo.

* Cuando tempestivamente se hubiese producido una demanda de restitución ante la Policía, ésta, después de la espiración de los términos establecidos de uno y tres años respectivamente, debe expedir, á solicitud del autor del hallazgo, una certificación haciendo constar que no se ha interpuesto ninguna otra demanda más que aquélla. En este caso, los efectos á que se contrae el apartado anterior se subordinarán á lo que en definitiva se declare respecto del derecho reclamado.

Si el derecho-habiente rehúsa recibir el objeto para no pagar al inventor los gastos de conservación y el premio del hallazgo, decae del derecho que le corresponde.

La certificación librada por la oficina de Policía no surte efectos cuando el inventor no haya cumplido con lo dispuesto, dando inmediato aviso á la Autoridad pública, del hallazgo efectuado.

Si el valor del objeto no excediese de tres marcos, el inventor se torna propietario de la cosa hallada un año después del hallazgo, sin que en este caso sea precisa declaración ante la Policía ni publicación.

Si el inventor tiene durante un año, á contar desde la requisitoria, oculto el hallazgo, no puede adquirir ni la propiedad ni el derecho á la recompensa.

* El inventor que, conforme á los precedentes apartados, hubiese adquirido la propiedad del hallazgo, está obligado á la restitución de las mejoras ó acrecentamientos que resulten. Mas el derecho á la reintegración de estos beneficios únicamente corresponde al propietario que hubiere perdido sus derechos por haber rehusado recibir el objeto.

El derecho á la restitución se extingue cuando no hubiese sido objeto de una demanda judicial en el término de tres años, á contar de la adquisición de la propiedad.

* El derecho del inventor á la propiedad de la cosa encontrada pasa al dominio comunal del lugar del hallazgo, cuando aquél hubiese declarado en la oficina de Policía que renunciaba á adquirir la propiedad del objeto, ó cuando en el plazo fijado por los jefes de la Policía no hubiese solicitado la certificación á que se alude en apartados anteriores.

* Todas las disposiciones que anteceden son inaplicables respecto de los objetos encontrados en las Mensajerías y en las oficinas de una Administración pública, ó en una Institución pública de comercio.

Estos objetos deben ser inmediatamente remitidos por aquel que se hubiese apoderado de ellos, á los funcionarios, al establecimiento ó á uno de sus empleados.

El funcionario ó el establecimiento de comercio tienen el derecho de proceder á la venta del objeto que les haya sido remitido, siempre que el hallazgo se hubiere publicado y vencido el término fijado para entablar reclamaciones sin que se formalizase ninguna.

Si fuere de temer el deterioro del objeto ó si su conservación exigiese despensas extraordinarias, pueden venderse los objetos, aun antes de la publicación, mas en pública almoneda.

He aquí casi literalmente reproducidas las más importantes disposiciones que en el Código germánico se encuentran respecto de la institución jurídica conocida con los nombres de invención ó hallazgo. Algunos preceptos puramente locales y más bien de carácter fiscal hemos omitido, porque su propia condición les convierte en ineficaces para el objeto que se proponen estos breves bosquejos que preceden al comentario del Código civil patrio.

Réstanos, para terminar el estudio expositivo de esta

parte del proyecto, hacer mención del art. 928, referente al hallazgo de un tesoro. A tenor de este artículo, cuando una cosa oculta (en un muro, en el suelo, etc.) que ha permanecido largo tiempo ignorada, de suerte que se desconoce su dueño, y no es posible encontrarlo, es descubierta, la propiedad de esta cosa pasa en el momento de la ocupación, la mitad al inventor y la otra mitad al propietario del inmueble ú objeto donde estaba oculta.

Libro II.—Del derecho de obligaciones.

Sección II: De las obligaciones resultantes de actos jurídicos entre vivos.—Título II: De la donación.

Como fuente de obligaciones derivadas de un acto *inter vivos*, considera el proyecto germánico á la donación, con lo cual dicho se está que repudia aquella planta, si no exótica, por lo menos inútil, de la antigua flora jurídica que se ha venido conociendo con el nombre de donación *mortis causa*.

Qué se entiende por donación.—El proyecto alemán describe más que define la donación, porque en su art. 437 expresa que la donación es una disposición en provecho de una persona, disposición en cuya virtud la fortuna del donante disminuye y la del donatario acrece, siempre que el propósito del primero se cifre en este enriquecimiento y el segundo lo acepte por vía de gratitud, de merced, de don.

Aceptación de las donaciones.—Previendo el proyecto que examinamos la posibilidad de una donación sin que en el propio acto concurriese la voluntad del donatario, hecho jurídico eminentemente posible desde el momento que la donación es un contrato unilateral, ó lo que es lo mismo, en que las prestaciones no son recíprocas, sino singular ó de una de las partes, dictó el art. 438, según cuyo tenor literal,

* Cuando alguno enriqueciere á otra persona sin contar de antemano con su consentimiento, por virtud de una dis-

posición que disminuyere su propia fortuna y con intención de beneficiar al extraño, el donador permanece obligado hasta tanto que el donatario rehúse la aceptación.

Se presume la aceptación cuando el donatario, después de haber tenido conocimiento de su enriquecimiento y de la intención del donador de favorecerle, no renuncia inmediatamente la donación.

Cuándo se considera que no hay enriquecimiento del donatario ni disminución en la fortuna del donador.

* No hay enriquecimiento cuando se dona una garantía en seguridad de un derecho, aun cuando esta garantía la preste una persona distinta de la obligada.

No hay disminución de fortuna cuando se renuncia á un derecho pecuniario recaído, mas aún no adquirido, ó cuando se desperdicia la obtención de un lucro, ó cuando se abandona la seguridad de un derecho, bien aquélla consista en una prenda ó en otra garantía.

La repudiación de una sucesión ó de un legado se considera como la renuncia de un derecho recaído, pero aún no adquirido.

Solemnidades externas de la donación.—Excepciones.

* El contrato por el cual uno se obliga á suministrar alguna cosa á otra persona á título gratuito ó de merced, no es válido si no se otorga en forma judicial ó notarial.

Lo propio sucede en el caso de una disposición consistente en una promesa ó en un reconocimiento de obligación, siempre que no contenga la indicación de alguna causa jurídica.

* La donación realizada por medio de una enajenación es válida aun sin observar una forma especial.

Vicio en la cosa donada.

* El donante no garantiza al donatario los vicios que puedan existir en su derecho, salvo cuando hubiere prometido donar un objeto determinado en su especie.

* El donador no garantiza al donatario los vicios de la cosa donada.

No obstante, si los hubiese conocido y disimulado, debe indemnizar al adquirente del perjuicio experimentado.

Cuando se trate de una cosa determinada en su especie, el adquirente tiene el derecho de exigir otra exenta de defecto, en lugar de la primera.

Ejecución de las donaciones.—Mora.

* El donador no es responsable respecto del donatario del incumplimiento de sus promesas, salvo si procediese con mala fe ó culpa grave.

* El donador que incurriere en mora no queda sujeto al pago de los intereses provenientes de su retraso, mas esto se entiende sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado.

Donaciones con pensión periódica.

* Cuando el donador hubiere prometido al donatario una pensión que deba suministrarse en términos periódicos, su heredero no está obligado á continuar pagándola, salvo que del contrato resultase lo contrario.

Donaciones con carga.

* Si se tratase de una donación onerosa, ó sea, si se le hubiere impuesto un gravamen al donatario, el donador puede, una vez realizada la prestación constitutiva de la *donatio,* exigir desde luego la ejecución de los actos ó prestaciones en que consista la carga ó el gravamen.

Añade el proyecto que si la carga se hubiese estipulado en provecho de un tercero, se estará á lo prevenido en los artículos 412 al 416, de que más adelante trataremos también sucintamente.

Si el donatario que hubiere levantado la carga ó gravamen impuesto se viere desposeído del objeto de la donación, puede, aun cuando el donante ignorase el mejor derecho del evicionante, demandar al donador una indemnización por las despensas causadas en el levantamiento de las cargas, siempre que aquéllas excedan de los beneficios que la donación le hubiese reportado.

Lugar del cumplimiento de las donaciones.

* La promesa de donación en caso de duda debe cumplirse en el lugar donde el donador tenía su domicilio en el momento de la donación.

Revocación de las donaciones.—Sus causas.

* Una donación puede ser revocada por causa de ingratitud del donatario para con el donante:

1.° Cuando el donatario atentare contra la vida del donador.

2.° Cuando hubiere tratado de privarle de su libertad.

3.° Cuando le impusiese malos tratos corporales ó le injuriase gravemente.

4.° Cuando con deliberada intención le hubiere causado un quebranto de importancia en sus bienes.

* El heredero del donante sólo tiene el derecho de revocación por causa de ingratitud, cuando el donatario hubiere causado voluntariamente la muerte del donante.

Extinción del derecho de revocación.

* El derecho de revocación se extingue:

1.° Por la muerte del donatario.

2.° Por el transcurso de un año á contar desde el instante en que el donador hubiese recibido la ofensa, mal trato, etcétera, constitutivo de la ingratitud, y por el transcurso de igual término contado desde la muerte del donante en el caso del apartado anterior.

3.° Por el perdón del donante.

No es lícita la renuncia del derecho de revocación por causa de ingratitud, sino cuando ésta ha sobrevenido y llegado á conocimiento del donador ó de su heredero.

En términos más claros: lo que el artículo prohíbe es la renuncia, por anticipado y para siempre, del derecho de revocar una donación.

Restitución de los bienes donados en caso de revocación.

* En caso de revocación, el donante ó sus herederos

tienen el derecho de exigir la restitución de las prestaciones otorgadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 745 (1).

*
* *

Sin que quepa considerarla como una donación propiamente dicha, toda vez que puede faltarle el elemento de la gratuidad que caracteriza y distingue á aquélla, conviene, para perfecto conocimiento de la doctrina que en este estudio se desarrolla, hacer algunas breves indicaciones acerca del contrato de promesa. Recuérdese que el proyecto germánico relaciona por vía de alusión ambos contratos, el de donación y el de promesa, y téngase, por otra parte, muy presente que en nuestra legislación patrimonial, y es prueba de ello el Código de las Partidas, se trata de la promesa *(promission)* extensamente. Nuestros expositores, véase Viso entre otros, se ocupan bajo un mismo capítulo, y como enlazándolas por razón de hermandad, de las promesas, donaciones y cesiones.

El proyecto alemán trata de la promesa unilateral y de la promesa de una prestación á un tercero; y aun cuando á cada una de estas divisiones les dedica capítulo diverso, ambas, sin embargo, quedan comprendidas dentro de la misma sección, ó sea la referente á las «obligaciones resultantes de actos jurídicos entre vivos».

La promesa unilateral requiere, como la *donatio* propiamente dicha, de la aceptación para su perfeccionamiento jurídico. Por esto el art. 342 del proyecto germánico dice que dicha promesa, cuando no ha sido aceptada, no es obligatoria, á menos que la ley no disponga otra cosa.

Pero cuando una promesa unilateral es reconocida por la ley como obligatoria, se aplican á la obligación que de la

(1) *Art. 745 del proyecto de Código civil alemán.*
«Todo aquel que hubiese hecho una prestación en virtud de una causa jurídica, si ésta desaparece, tiene el derecho de repetir por lo prestado.»

misma resulte las reglas relativas á las obligaciones provenientes de los contratos, salvo que por la ley se dispusiere lo contrario.

A estos cuatro rasgos concisos, pero eminentemente jurídicos, se reduce toda la doctrina expuesta por el proyecto alemán en lo tocante á la promesa unilateral.

Mas la promesa puede ser, digámoslo así, bilateral, ó lo que es lo mismo, reconocida por ambas partes estipulantes, con relación á un tercero.

Con respecto á esta especie del género promesa, expone el art. 412 del proyecto germánico que, cuando en un contrato, uno de los contratantes promete una prestación á un tercero, éste adquiere, desde luego, el derecho de exigir el cumplimiento de dicha prestación, si del contenido del contrato resulta que la concesión al tercero de este derecho estaba en el ánimo de las partes.

El contratante que hubiere pactado bajo la base de la promesa tiene, salvo estipulación posterior en contrario, el derecho de exigir que la prestación recaiga en favor del tercero.

* El crédito del tercero es exigible desde el instante en que, según la voluntad de los contratantes y los términos del contrato, resulta manifiesto su nacimiento.

Mientras que el crédito del tercero no haya nacido (jurídicamente hablando), bien haya sido otorgado bajo condiciones ó á término, la promesa de la prestación hecha al referido tercero puede ser rescindida ó modificada por los contratantes. Mas cuando haya nacido el crédito, la rescisión ó la alteración no es lícita, salvo si así resultare del contenido del contrato, ó los contratantes se hubieren reservado este derecho.

* Si el tercero manifiesta al promitente su renuncia al derecho que le ha sido conferido, las cosas tornan á su primitivo estado, cual si la promesa de la prestación no hubiera existido.

* Las excepciones derivadas del contrato aprovechan al promitente, aun contra el tercero, salvo que lo contrario resultare del expresado contrato.

Con lo expuesto damos por terminado el presente estudio.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LOS DIFERENTES MODOS DE ADQUIRIR la propiedad.

Libro III: Disposiciones generales.—Artículos 711 al 717.

Entre los modos de adquirir la propiedad que establecen los Códigos belga y francés, y los que reconoce el patrio, hallamos notables diferencias.

Es la más señalada la de que dichos Códigos no mencionan la ocupación como modo de adquirir la propiedad, si bien en sus artículos 714 y 717 regulan sus efectos sin nombrarla.

Preceptúan los Códigos que comparamos en sus artículos 711 y 712 que la propiedad de los bienes se adquiere y transmite por herencia, por donación entre vivos ó testamentaria, y por efecto de las obligaciones. Adquiérese también por accesión ó incorporación y por prescripción.

Por lo expuesto observamos que, además de la diferencia anteriormente apuntada, existe la de considerar también los Códigos que estudiamos la accesión ó incorporación como modo de adquirir.

Los artículos 713, 714 y 716 de dichos Códigos contienen preceptos ya comparados, al tratar de los bienes y de la propiedad, en su lugar correspondiente.

De la ocupación.—Como ya hemos hecho notar, no mencionan la ocupación como modo de adquirir los Códigos de Bélgica y Francia. Sin embargo, á semejanza del art. 611 de

nuestro Código, dispone el 715 de aquéllos que la facultad de cazar y pescar se determina por leyes particulares. Reconocen igualmente, como el art. 614 del Código español, el derecho á la mitad del tesoro descubierto en finca ajena al descubridor. Y, por último, establecen que también se regulan por leyes particulares los derechos sobre los objetos arrojados por el mar, sea cualquiera su naturaleza, y sobre las plantas y hierbas que nacen y crecen en sus costas, así como sobre las cosas perdidas cuyo dueño no se presente (artículo 717).

De todas las demás disposiciones contenidas en el título de nuestro Código que trata de la ocupación, no encontramos equivalente en los Códigos belga y francés.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS y de los testamentos.

Libro III.—Título II.—Artículos 893 á 966.

Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 893 al 900).—Capítulo II: De la capacidad de disponer ó de adquirir por donación entre vivos ó por testamento (artículos 901 al 912).—Capítulo III: De la porción de bienes disponibles y de la reducción.—Sección primera: De la porción de bienes disponibles (artículos 913 al 919).—Sección segunda: De la reducción de las donaciones y de los legados (artículos 920 al 930).—Capítulo IV: De las donaciones entre vivos. Sección primera: De la forma de las donaciones entre vivos (artículos 931 al 952).—Sección segunda: Excepciones á la regla de irrevocabilidad de las donaciones entre vivos (artículos 953 al 966).

Difieren notablemente en cuanto al plan los Códigos que comparamos al tratar de las donaciones.

Con efecto, como se observa con la simple lectura del sumario que antecede, los Códigos belga y francés se ocupan, bajo el mismo título, de las donaciones entre vivos y de los testamentos, considerándolos como modos de adquirir semejantes y estableciendo prescripciones comunes para ambos así en cuanto á la capacidad para disponer y adquirir por

esos medios, como en lo relativo á la porción de bienes de que se puede disponer y respecto á la reducción.

Este plan engendra cierta confusión, salvada por el Código patrio, que, con más acierto, á nuestro juicio, separa las donaciones entre vivos de los testamentos, que tienen su lugar más lógico y apropiado en el tratado de las sucesiones, como lo justifica también el hecho de que la mayoría de los Códigos europeos y americanos se apartan del criterio seguido por los de Bélgica y Francia, separando como el nuestro esos modos de adquirir.

Fuera de esta divergencia en lo que al plan se refiere, en cuanto á las disposiciones que regulan las donaciones entre vivos, son muy escasas las diferencias, como iremos haciendo notar á continuación, entrando ya en el estudio particular de dichas disposiciones.

Naturaleza de las donaciones.—Comienzan los Códigos que comparamos estableciendo en su art. 893 que ninguno podrá disponer de sus bienes á título gratuito sino por donación entre vivos ó por testamento, en la forma que el Código expresa.

Definen en el artículo siguiente la donación entre vivos diciendo que es un acto por el cual el donante se desprende, irrevocablemente y desde luego, de la cosa donada en favor del donatario que la acepta. Esta definición es igual en esencia á la que nuestro Código consigna, pues si bien existe la diferencia de que los Códigos belga y francés establecen como uno de los elementos de la donación la irrevocabilidad, esta diferencia desaparece desde el momento que dichos Códigos admiten excepciones á esta regla general.

Nada expresan, y por esto parece deducirse que no las reconocen los Códigos que estudiamos, de las donaciones remuneratorias y onerosas que establece el Código español en su art. 619, diciendo que es también donación lo que se hace á una persona por sus méritos, por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó

aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Tampoco contienen los preceptos generales de los artículos 620 al 622 de nuestro Código, relativos á las disposiciones por que se rigen cada una de las distintas formas de donación, omisión que es consecuencia lógica de las diferencias apuntadas anteriormente.

El principio consignado en el art. 623 del Código patrio, de que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario, se halla implícitamente contenido en el art. 932 de los Códigos objeto de esta comparación que después examinaremos.

Personas que pueden hacer ó recibir donaciones.—Para hacer donación, dicen los Códigos que comparamos, es preciso estar en perfecto estado de razón (art. 901), y pueden disponer y adquirir por donación todos aquellos que la ley no declara incapacitados (art. 902), preceptos semejantes á los consignados en los artículos 624 y 625 de nuestro Código.

En lugar de la regla general contenida en el art. 626 del Código patrio, que establece que las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes, los Códigos belga y francés determinan para cada caso el modo en que ha de verificarse la aceptación, y así disponen que la mujer casada no puede aceptar una donación sin autorización de su marido, ó en caso de rehusar éste, sin la de los Tribunales (art. 934); que la donación hecha á un menor de edad no emancipado, ó á una persona en interdicción, deberá aceptarse por su tutor; que el menor emancipado podrá aceptar interviniendo un curador, pero que, sin embargo, los padres del menor emancipado ó no emancipado, ó los otros ascendientes aunque vivieran los padres y aunque no sean tutores ó curadores, podrán aceptar en nombre del menor (art. 935); que el sordo-mudo que sepa escribir podrá aceptar por sí ó por medio de apoderado, y si no su-

piera escribir, la aceptación se hará por un curador nombrado al efecto (art. 936), y que las donaciones hechas en beneficio de los hospicios, pobres de un pueblo ó establecimientos de utilidad pública serán aceptadas por los administradores de los bienes comunales ó de beneficencia después de haber obtenido la competente autorización (art. 937).

Consignan los Códigos que estudiamos la capacidad para adquirir por donación del concebido pero no nacido al tiempo de otorgarse aquélla (art. 906), pero no señalan la manera de aceptar estas donaciones, como lo verifica el Código español en su art. 627.

Unánimes los tres Códigos que comparamos, disponen que las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas aunque lo hayan sido simuladamente en la forma de un contrato oneroso, ó se haga á nombre de personas interpuestas. Los Códigos francés y belga agregan que se reputan personas interpuestas los padres, los hijos y descendientes y el cónyuge del incapacitado. Este último párrafo, que también le consignaba nuestro proyecto de Código de 1882, ha sido suprimido en el vigente.

Forma en que han de hacerse las donaciones.—De igual modo que nuestro Código, disponen los que son objeto de este estudio que la donación no obliga al donante ni produce efecto alguno hasta el momento en que haya sido aceptada en términos expresos.

En lo que á la forma de hacerse las donaciones se refiere, discrepan algo los Códigos que estudiamos. En primer término, los Códigos belga y francés establecen una regla general disponiendo qne las donaciones entre vivos se harán ante Notario, en la forma ordinaria de los contratos, protocolizándose bajo pena de nulidad (art. 931). No hacen, por consiguiente, la distinción que el Código patrio entre la donación de una cosa mueble é inmueble, ni admiten la donación verbal, siquiera sea con los requisitos que exige nuestro artículo 632.

Á semejanza del art. 633 del Código patrio, disponen los que comparamos que la aceptación podrá hacerse en vida del donante por acta posterior y auténtica, que se protocolizará; pero en este caso la donación no producirá efecto respecto del que la hizo más que desde el día en que se le notifique el acta de aceptación.

Si el donatario es mayor de edad, debe hacer la aceptación por sí mismo ó por un apoderado especial, ó con poder general para aceptar las donaciones hechas ó que pudieran hacerse. Dicho poder se otorgará ante Notario y se unirá testimonio del mismo al protocolo de la donación, ó al de la aceptación hecha en acta separada (art. 933).

La donación aceptada en forma se entenderá perfecta por el consentimiento de las partes, y la propiedad de los objetos donados pasará al donatario sin necesidad de otra tradición (art. 938). Si hay donación de bienes susceptibles de hipoteca, deberán inscribirse aquélla y la aceptación ó la notificación que se hubiera hecho por acta separada, en las oficinas de hipotecas en donde los bienes radiquen. Se hará la inscripción á instancia del marido cuando los bienes hubiesen sido donados á su mujer, y si el marido no llena aquella formalidad, la mujer podrá proceder á cumplirla sin autorización. Cuando la donación se conceda á menores, á incapacitados ó á establecimientos públicos, se hará la inscripción á instancia de los tutores, curadores ó administradores. La omisión de la inscripción podrá reclamarse por todas las personas que en ello tengan interés, excepto las encargadas de hacerla, sus causahabientes ó el donante. Los menores, los incapacitados en interdicción y las mujeres casadas, no gozarán del beneficio de restitución en los casos de haberse omitido la aceptación ó inscripción de las donaciones, quedándoles á salvo el recurso contra sus tutores ó maridos, si fuese suya la culpa, y sin que proceda la restitución aun en el caso en que aquéllos fuesen insolventes (artículos 938 á 942).

En cuanto á la donación de efectos muebles, disponen en su art. 948 que no será válida sino con relación á los efectos comprendidos en un estado con su tasación, firmado por el donante, el donatario ó por aquellos que en su nombre acepten, y cuyo estado se unirá al protocolo de la donación.

Efectos y limitación de las donaciones.—A semejanza de nuestro Código, establecen los que comparamos limitación en cuanto á la parte de los bienes que se puede donar, disponiendo que no ha de exceder de la mitad de los bienes del donante si á su fallecimiento dejase un solo hijo legítimo; de la tercera parte, si deja dos hijos, y de la cuarta si éstos fuesen tres ó más, comprendiendo bajo el nombre de hijos los descendientes de cualquier grado; pero no se contarán sino por el hijo que representen en la sucesión del donante (artículos 913 y 914). No podrá exceder de la mitad de los bienes si, en defecto de hijos, deja el donante uno ó varios ascendientes en cada una de las líneas paterna y materna, y de las tres cuartas partes si no deja ascendientes más que en una línea. En defecto de ascendientes ó descendientes, las donaciones podrán absorber la totalidad de los bienes (artículos 915 y 916). La cuota disponible podrá darse en todo ó en parte, por donación, á los hijos ú otras personas capaces de heredar al donante, sin estar sujeta á colación por el donatario ó legatario llamado á la herencia, con tal de que la disposición se haya hecho expresamente á título de mejora y con dispensa de traerla á colación.

La declaración de que lo donado es á título de mejora y con dispensa de colación, podrá hacerse, ó en el acta que contenga la disposición, ó posteriormente en la forma en que se otorgan las donaciones entre vivos ó los testamentos (artículo 919).

Igualmente disponen en su art. 943 que la donación entre vivos comprenderá únicamente los bienes presentes del donante, siendo nula si se extiende á bienes futuros, pero nada dicen ninguno de los dos Códigos que son objeto de

comparación, respecto á la obligación del donante de reservarse en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

Tampoco encontramos nada semejante á lo que preceptúan los artículos 637 y 638 de nuestro Código.

El art. 946 de los Códigos belga y francés contiene una disposición completamente contraria á la del 639 del Código patrio; ambos disponen que el donante podrá reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero en lugar de ordenar como el patrio que si muriese el donante sin haber hecho uso de ese derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado, los que estudiamos disponen que corresponderá á los herederos del donante, á pesar de las cláusulas y convenios hechos en contrario.

De acuerdo con el art. 640 del Código español, dispone el 949 de los cuerpos legales que comparamos que puede el donante reservarse en su beneficio, ó para disponer en favor de un tercero, el usufructo de los bienes muebles ó inmuebles donados, precepto que se halla en relación con el del art. 899, que dice: «No se considerará sustitución, y por consiguiente será válido, el acto entre vivos por el cual se dé á uno la propiedad y á un tercero el usufructo.» Ahora bien: estos Códigos no establecen la limitación que contiene el referido artículo 640 del nuestro.

Disponen también dichos Códigos que cuando se haya hecho la donación de efectos mobiliarios con reserva de usufructo, el donatario, al terminar este último, estará obligado á tomar los efectos donados que se encuentren en especie, en el estado en que se hallen, y tendrá acción contra el donante ó sus herederos, por los efectos no existentes, hasta cubrir el valor que se les haya dado en justa tasación (art. 950).

El art. 641 del Código patrio contiene disposiciones análogas á las de los 951 y 952, en relación con los ar-

ticulos 896, 897 y 898 de los Códigos de Bélgica y Francia. Veamos lo que disponen estos artículos para deducir las diferencias.

Dice el art. 951: «El donante podrá estipular el derecho de reversión de las cosas donadas, ya sea por haber muerto antes el donatario sólo, ó éste y sus descendientes. Este derecho no podrá estipularse más que en beneficio exclusivo del donante.» Pero esta prohibición no es tan terminante como parece, ya que en los artículos 896, 897 y 898, se consigna una excepción como observaremos por su texto.

Dice el art. 896: «Se prohiben las sustituciones; y cualquier disposición por la que el donatario quede obligado á conservar y restituir á un tercero, será nula, aun respecto del donatario.

»Art. 897. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las disposiciones permitidas á los padres y hermanos en el capítulo VI del presente título (sustituciones testamentarias equivalentes á las aludidas en el art. 641 de nuestro Código).

»Art. 898. La disposición por la cual sea llamado un tercero á recibir la donación en el caso en que el donatario no la recoja, no se considerará como una sustitución, y será válida.»

De lo expuesto se deduce que la diferencia más notable que existe entre los Códigos que comparamos y el patrio en este punto, consiste en que aquéllos consideran nula, aun respecto del donatario, la donación hecha con cláusula de reversión en favor de un tercero, en tanto que nuestro Código anula la susodicha cláusula, mas sin que produzca esta nulidad la de la donación.

Dichos Códigos regulan los efectos del derecho de reversión, válidamente establecido en su art. 952, disponiendo que ese derecho producirá la rescisión de todas las enajenaciones de los bienes donados, y revertirá al donante los mismos bienes libres de toda carga ó hipoteca, excepto, sin embar-

go, la hipoteca dotal y de las estipulaciones matrimoniales, si los demás bienes del cónyuge donante no bastan, y en el caso solamente en que la donación se le haya hecho por el mismo contrato de matrimonio, del cual resulten aquellos derechos é hipotecas.

Concordando con lo ordenado por los artículos 642 y 643 del Código español, sólo encontramos en los que son objeto de comparación lo dispuesto por el art. 945, á cuyo tenor será nula la donación si se hizo bajo condición de pagar deudas ó cargas distintas de las que existían en la época de la donación, ó de las expresadas en el acta de la misma, ó en el estado que á ella debe ir anexo.

De aquí se deduce que están autorizadas las donaciones que se hagan con obligación de pagar las deudas del donante, pero siempre que estas deudas sean anteriores á la donación, lo que está perfectamente de acuerdo con lo dispuesto por nuestro Código; pero nada dicen los que comparamos del caso previsto por el art. 643 de aquél, ó sea cuando la donación esté hecha en fraude de acreedores.

Revocación de las donaciones.—Coinciden los Códigos que comparamos en reconocer tres grupos de causas de revocación de las donaciones, á saber: 1.° Por incumplimiento de las condiciones bajo las que se hizo la donación. 2.° Por ingratitud. 3.° Por superveniencia de hijos. Examinemos y comparemos cada una de estas causas separadamente y sus respectivos efectos.

Respecto al primer caso, ó sea por el no cumplimiento de las condiciones en que se hizo la donación, se hallan perfectamente de acuerdo los Códigos que estudiamos, en que los bienes volverán á poder del donante libres de toda carga é hipoteca de parte del donatario. Diferénciase no obstante en que mientras nuestro Código establece una limitación con respecto á terceros, de conformidad á lo que dispone la ley Hipotecaria, los Códigos de Bélgica y Francia prescinden de esta advertencia y en su lugar conceden al donante contra

los terceros detentadores de los inmuebles donados todos los derechos que tendría contra el mismo donatario.

Nada disponen estos Códigos acerca de los frutos que produzcan los bienes de la donación que se revoca por incumplimiento de las condiciones impuestas, y que, según el Código patrio, debe devolver el donatario desde que dejó de cumplir la condición (art. 651).

Por causa de ingratitud pueden revocarse las donaciones, según los Códigos que estudiamos, solamente en tres casos, si bien difieren algo los que citan los de Bélgica y Francia de los consignados en el de España. Según aquéllos, sólo puede revocarse en los casos siguientes: 1.° Si el donatario ha atentado á la vida del donante. 2.° Si se ha hecho culpable, respecto de éste, de malos tratos, delitos é injurias graves. 3.° Si le rehusase alimentos (art. 955). Son, por consiguiente, más limitados en extensión los casos señalados por los Códigos que comparamos que los previstos en el artículo 648 del Código patrio.

Los efectos de la revocación por causa de ingratitud en cuanto á la restitución de los bienes donados y sus frutos, así como respecto de las enajenaciones hechas por el donatario y las hipotecas ú otros gravámenes impuestos por el mismo, se regulan de igual modo por los tres Códigos que estudiamos, sin más diferencia que para la valoración de los bienes donados, enajenados por el donatario, y que éste debe restituir al donante, se atenderá al que tuvieren el dia de la presentación de la demanda, en lugar de ser el del tiempo de la donación como ordena nuestro Código.

También se hallan de acuerdo en disponer que la acción para pedir la revocación por causa de ingratitud deberá interponerse dentro de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción, así como que esta acción no podrá ser utilizada por el donante contra los herederos del donatario, ni por los herederos de aquél contra éste, á no ser que en el último caso la

acción haya sido ya intentada por el donante, ó que haya éste muerto dentro del año de la comisión del hecho.

Disponen también los Códigos que comparamos que, tanto la revocación por causa de incumplimiento de las condiciones impuestas, como por causa de ingratitud, no se realizará *ipso jure*, ó en otros términos, que sólo á instancia del donante puede pedirse esta revocación: precepto en un todo conforme con lo consignado por el Código español en sus artículos 647 y 648.

No expresan estos Códigos, como el patrio, que la acción concedida al donante por causa de ingratitud no puede renunciarse anticipadamente.

Por último, la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos se halla regulada con mucha mayor extensión y minuciosidad en los Códigos objeto de este estudio, que en el patrio, y para hacerse mejor cargo de sus disposiciones, creemos más conveniente insertar el texto literal de los artículos que dedican á este extremo, que es como sigue:

Art. 960. Las donaciones entre vivos hechas por personas que no tuviesen hijos ó descendientes vivos en el momento de hacer la donación, cualquiera que sea su valor, ó el motivo y título con que hubiesen sido otorgadas, aunque fuesen mutuas ó remuneratorias, hayan ó no sido hechas en favor de matrimonio, bien por los ascendientes á los cónyuges, ó por uno de éstos al otro, quedarán revocadas *ipso jure* por sobrevenir un hijo legítimo del donante, aunque sea póstumo, ó por legitimación por subsiguiente matrimonio de un hijo natural nacido después de la donación.

Art. 961. La revocación producirá efecto aun cuando el hijo del donante fuera concebido al tiempo de la donación.

Art. 962. La donación se revocará también aun cuando el donatario haya entrado en posesión de los bienes donados y que hayan sido dejados por el donante después de haber sobrevenido el hijo; pero sin que el donatario esté obligado

en tal concepto á sustituir los frutos que hubiese percibido, de cualquiera naturaleza que sean, sino desde el día en que se le notificase por citación ú otro acto formal el nacimiento del hijo ó su legitimación por subsiguiente matrimonio, y esto, aunque la demanda para volver á la posesión de los bienes donados se hubiese interpuesto con posterioridad á la certificación.

Art. 963. Los bienes comprendidos en la donación revocada *ipso jure* volverán al patrimonio del donante libres de toda carga ó hipoteca impuesta por el donatario, sin que puedan quedar afectos, ni aun subsidiariamente, á la restitución de la dote de la esposa del donatario, de sus derechos de reversión ó de otras estipulaciones matrimoniales, lo cual se observará aun cuando haya sido hecha la donación en favor del matrimonio del donatario, y se haya hecho constar en el contrato, y aunque el donante se hubiere obligado como fiador al cumplimiento de las capitulaciones matrimoniales.

Art. 964. Las donaciones revocadas en estos términos no podrán volver á tener efecto, ni por muerte del hijo del donante ni por ningún acto que las confirme; y si el donante quiere donar los bienes al mismo donatario, antes ó después de la muerte del hijo cuyo nacimiento revocó la primera donación, tendrá que hacer nueva disposición.

Art. 965. Toda cláusula ó pacto en cuya virtud el donante haya renunciado á revocar la donación por superveniencia de un hijo, se considerará nula y no producirá efecto alguno.

Art. 966. El donatario, sus herederos y causa-habientes, ú otros que detenten las cosas objeto de donación, no pueden alegar la prescripción para hacer valer la donación revocada, por haber sobrevenido un hijo, sino después de una posesión de treinta años, que empezará á contarse desde el día del nacimiento del último hijo del donante, aunque aquél fuere premuerto, sin perjuicio de las interrupciones adoptadas en el Derecho.

De lo copiado se deduce la notable discrepancia que existe entre lo que disponen los Códigos de Bélgica y Francia y lo preceptuado por el Código español en este punto. Nada dicen aquéllos respecto á la duración de la acción para pedir por superveniencia de hijos que sea revocada la donación, ni en cuanto á la forma de restituir los bienes enajenados por el donatario, y en cambio, contienen otras disposiciones no previstas por nuestro Código y que verán los lectores sin necesidad de insistir sobre este punto, con el simple examen de los artículos copiados.

Reducción de las donaciones.—Iguales disposiciones dictan los Códigos que comparamos y el Código español en lo que á la reducción de las donaciones inoficiosas se refiere. La única diferencia que hallamos se contrae á lo dispuesto por los artículos 928, 929 y 930 de los Códigos belga y francés, que no tienen concordante en el español y cuyo texto es como sigue:

«Art. 928. El donatario restituirá los frutos de lo que exceda de la porción disponible, desde el día de la muerte del donante, si se entabló dentro del año la demanda de reducción; si no se hubiera hecho así, desde el día de la demanda.

»Art. 929. Los bienes inmuebles que se hubiesen de recobrar por efecto de la reducción, se recobrarán sin carga alguna de deudas ó hipotecas que hubiere contraído el donatario.

»Art. 930. La acción de reducción ó reivindicación podrá ejercitarse por los herederos contra los terceros detentadores de los bienes inmuebles que, constituyendo parte de las donaciones, hubieren sido enajenados por los donatarios, del mismo modo y por el mismo orden con que, en su caso, habría de realizarse contra los mismos donatarios y previo examen de sus bienes. Esta acción deberá ejercitarse según el orden de fechas de las enajenaciones, principiando por la más reciente.»

Hemos terminado este estudio, advirtiendo, para concluir,

que de todos aquellos artículos de los Códigos de Bélgica y Francia que tienen un carácter común para las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, y que son la mayoría de los citados, como puede observarse por la lectura del sumario que encabeza este trabajo, hemos tomado únicamente lo que á las donaciones entre vivos se refiere, dejando para cuando nos ocupemos en las sucesiones testamentarias, comparar la parte de los mismos que á ésta atañe. Alguna confusión engendra esta separación, pero ya hicimos notar al principio de este estudio que ese carácter común que á ambas instituciones conceden los Códigos que comparamos, da lugar á que no pueda hacerse con la debida claridad y precisión el trabajo comparativo que entre los preceptos de nuestro Código y los contenidos en los de las demás Naciones encabeza nuestros comentarios.

ITALIA

DE LAS FORMAS DE ADQUIRIR Y TRANSMITIR

la propiedad y demás derechos sobre las cosas.

Libro III: Disposiciones generales (art. 710).—Titulo I: De la ocupación (artículos 711 á 719).

Disposiciones generales.—Reconoce el Código de Italia como forma primera de adquirir la propiedad, de igual suerte que el Código patrio, la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre las cosas, dice el Código que estudiamos, sustituyendo la palabra *bienes* que el nuestro emplea, por la de *cosas*, se adquieren y transmiten por sucesión, donación y por efecto de los contratos. Difiere, pues, del español en que no menciona la adquisición y transmisión por la ley que éste admite, y en referirse á los contratos en general, y no al efecto ó consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción, en lo cual coinciden ambos Códigos.

De la ocupación.—Dice el Código de Italia en su artículo 711: «Las cosas que no son, pero que pueden llegar á ser propiedad de alguno, se adquieren por la ocupación. Tales son los animales objeto de caza ó pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas.»

Con distintas palabras, es la misma idea contenida en el art. 610 del Código español.

A semejanza de éste, el Código que comparamos consigna en su art. 712 que el ejercicio de la caza y pesca se regula por leyes especiales, añadiendo que no se permite, sin embargo, entrar en el predio de otro para el ejercicio de la caza contra la prohibición del dueño.

Iguales doctrinas establecen ambos Códigos respecto á los enjambres de abejas y á los animales amansados que pasan á predio ajeno.

Lo dispuesto en el art. 613 de nuestro Código es copia exacta del 462 del Código que estudiamos. El legislador italiano, descubriendo en la apropiación de las palomas, conejos y peces que pasan de un criadero á otro, más bien que los caracteres de la ocupación, los de la accesión, trasladó á este lugar el antedicho tema jurídico, disintiendo en ello del parecer del legislador patrio.

El art. 614 del Código italiano comprende lo preceptuado por el nuestro en sus artículos 614 y 351 respecto á la definición del tesoro y á los derechos del descubridor, conteniendo análogas disposiciones.

Los artículos 715 al 718 del Código que estudiamos y que se refieren al hallazgo de cosas muebles que no sean tesoros y á la recompensa que se debe por el dueño al que los encontrare, son exactamente iguales en cuanto á la doctrina al 615 y 616 del español, variando únicamente en cuanto á la redacción en algunos puntos.

Y, por último, ambos Códigos confían á leyes especiales

la determinación de los derechos sobre los objetos arrojados al mar, sobre los que las olas arrojan á la playa y sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera.

DE LAS DONACIONES

Título III.—Libro III.—Artículos 1.050 al 1.096.

De las donaciones (artículos 1.050 al 1.051).—Capítulo I: De la capacidad de disponer y de adquirir por donación (artículos 1.052 al 1.055).—Capítulo II: De la forma y de los efectos de las donaciones (artículos 1.056 al 1.077).—Capítulo III: De la revocación de las donaciones (artículos 1.078 al 1.090).—Capítulo IV: De la reducción de las donaciones (artículos 1.091 al 1.096).

Trata el Código de Italia de las donaciones á continuación de las sucesiones, á semejanza de los Códigos de Francia y Bélgica, con los que tiene muchos puntos de contacto.

Aparte de esta diversidad de plan, es muy semejante, en cuanto á la doctrina, al Código español, siendo escasas y de pequeña importancia las diferencias que existen, como iremos haciendo notar á continuación. Consisten principalmente en la mayor minuciosidad con que trata esta materia el Código que comparamos, lo que origina su mayor extensión.

Naturaleza de las donaciones.—Es la donación, según el Código de Italia, un acto de espontánea liberalidad por el cual el donante se desprende actual é irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta (art. 1.050). Como se ve, esta definición es muy semejante á la que el Código patrio da en su art. 618, diferenciándose tan sólo en que aquélla añade los caracteres de actual é irrevocable, caracteres que, aunque no expresados por nuestro Código, hállanse implícitamente comprendidos: son, pues, diferencias de forma más que de fondo.

De acuerdo se hallan ambos Códigos en que es también donación la liberalidad hecha por gratitud ó en consideración á méritos del donatario, ó por remuneración especial,

y también aquella por la cual se imponga alguna carga al donatario (art. 1.051); pero el Código que comparamos no consigna la condición de que los servicios no tengan el carácter de deudas exigibles, y de que el gravamen sea inferior á lo donado, como lo hace el nuestro.

Ninguno de los artículos 620, 621 y 622 del Código español tienen equivalente en el Código de Italia.

Tampoco dispone de un modo expreso este Código que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario, pero este precepto del art. 623 del Código patrio es en realidad una repetición del que contiene el 629 que luego examinaremos, y en este concepto carece de importancia tal omisión en el Código italiano, ó más bien está justificada y resulta lógica.

Personas que pueden hacer ó recibir donaciones.—El Código que estudiamos determina la capacidad para hacer donaciones de un modo negativo, diciendo en su art. 1.052 que no pueden hacer donaciones: 1.° El que no tenga capacidad para testar. 2.° El inhabilitado, desde el dia en que se promovió el juicio de interdicción. Y 3.° El menor de edad aunque esté emancipado, salvas las disposiciones particulares relativas al contrato de matrimonio. Este precepto es en puridad el mismo contenido afirmativamente en el art. 624 de nuestro Código, que dice: «Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.»

Lo que dispone el art. 625 del Código español no tiene equivalente en el italiano.

Lo propio ocurre, si bien sólo en cuanto á la forma en que lo consigna, con el art. 626, pero en lugar de este precepto general, el Código de Italia va determinando en cada caso concreto quién debe aceptar la donación. Así, dispone en su art. 1.059 que la donación hecha á un menor no emancipado ó á un interdicto se aceptará por el padre ó por el tutor. La madre, aunque esté vivo el padre, y los demás ascendientes, aun en el caso de vivir el padre y la madre, pue-

den aceptar la donación hecha al menor y al interdicto, aun cuando no fuesen sus tutores; pero en estos casos es necesaria la autorización del Tribunal civil. Lo mismo tiene lugar cuando la donación se hubiese hecho por el padre ó tutor, con facultad siempre por parte del Tribunal de nombrar para la aceptación cualquiera otra persona. El menor emancipado y el mayor de edad inhabilitado pueden aceptar la donación con el consentimiento del curador. Y por último, en este mismo art. 1.059 se halla comprendido el precepto del 627 de nuestro Código en esta forma: «Las donaciones en favor de los que estén por nacer de una persona viva determinada, pueden igualmente aceptarse por el padre, la madre, abuelo ó por cualquier otro ascendiente.»

Dispone también el Código que comparamos que las donaciones hechas á Cuerpos jurídicos no pueden aceptarse sino con la autorización del Gobierno, y en la forma prevenida por leyes especiales.

Lo que ordena el art. 628 de nuestro Código lo encontramos reproducido en dos artículos del que es objeto de comparación, el 1.053 y el 1.055, que dicen respectivamente: «No pueden adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento en los casos y formas establecidos en el capítulo *De las sucesiones testamentarias*.» «Cualquiera donación en beneficio de una persona incapaz es nula aunque se haya hecho con apariencia de contrato oneroso.»

Forma en que han de hacerse las donaciones.—El Código italiano no hace la distinción que el nuestro en cuanto á la forma de otorgar las donaciones de cosa mueble ó inmueble, y establece, como precepto único y general, que todos los actos de donación deben formalizarse por documento público (art. 1.056).

Conformes se hallan ambos Códigos en que la donación no obliga al donante ni produce efecto hasta el día en que se haya aceptado.

Igualmente se hallan unánimes en disponer que el donatario mayor de edad debe aceptar la donación por sí ó por medio de mandatario con poder especial para el caso ó con poder general para aceptar donaciones; y en que la aceptación puede hacerse en el mismo documento en que se consigne la donación ó en otro posterior con iguales solemnidades, pero con anterioridad á la muerte del donante, debiendo siempre notificarlo á éste, sin cuyo requisito no surtirá efecto.

Efectos y limitación de las donaciones.—Mayores diferencias que las apuntadas hasta ahora encontramos en esta parte entre los dos Códigos que comparamos. El de Italia, más casuístico, contiene mayor número de artículos dedicados á esta materia y principalmente á determinar los casos de nulidad de las donaciones.

Encontramos, en primer término, tres artículos que no tienen concordante con el Código patrio, y son los siguientes:

Art. 1.061. Si la aceptación no se hiciese en las formas establecidas en los artículos anteriores, la nulidad de las donaciones puede reclamarse también por el donante, sus herederos ó causahabientes.

Art. 1.062. La donación, debidamente aceptada, es perfecta entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se supone transferida en la personalidad del donatario sin necesidad de tradición. Las donaciones hechas en previsión de un matrimonio futuro determinado, bien se realicen por los esposos entre sí, ó por otros en favor de los mismos ó de la prole futura, no pueden impugnarse por falta de aceptación.

Art. 1.063. Los menores, interdictos y cualquier otro donatario, no gozan de beneficio de restitución *in integrum* por la falta de aceptación en las donaciones, salvo el recurso contra el que tenía la obligación de aceptar.

Limita el Código italiano, las donaciones, lo mismo que el Código patrio, á los bienes presentes del donante, con-

siderando nula la que se refiera á bienes futuros, respecto á éstos. Pero dentro de los bienes presentes no establece limitación de ningún género, á diferencia de lo que el Código español consigna en sus artículos 634 y 636, al disponer que el donante ha de reservarse en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, y que, en todo caso, ninguno podrá dar ni recibir por donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento, considerándola inoficiosa en lo que exceda de esta medida.

Nada de lo que preceptúa el art. 637 del Código español se encuentra prevenido en el que comparamos.

En cambio, en éste encontramos una serie de disposiciones, algunas no previstas de un modo circunstancial por nuestro Código, con respecto á las donaciones, pero manifiestamente desarrolladas bajo su aspecto general en el título que de las obligaciones condicionales se ocupa.

He aquí las aludidas disposiciones:

Es nula cualquiera donación hecha bajo condiciones imposibles ó contrarias á las leyes ó buenas costumbres (artículo 1.065).

Es nula cualquiera donación hecha bajo condiciones cuya ejecución dependa sólo de la voluntad del donante (artículo 1.066).

Igualmente es nula si se hubiese hecho con la condición de satisfacer más deudas ó cargas que las que existiesen al tiempo de la donación ó estuviesen designadas especialmente en la misma (art. 1.067).

Cualquiera donación basada en un matrimonio futuro queda sin efecto si éste no se realizase.

Lo mismo tiene lugar si el matrimonio se anulase; pero la donación en lo relativo á los hijos queda en vigor en los casos expresados en el art. 116 (matrimonio nulo contraído de buena fe), sin perjudicar, sin embargo de esto, los derechos adquiridos por terceros en el tiempo intermedio (art. 1.068).

Cualquiera donación de cosas muebles no es válida sino en cuanto á las especificadas, con indicación de su valor en el acto mismo de la donación ó en una nota separada, firmada por el donante, el Notario y por el donatario ó por quien acepte en su nombre, si interviniese en el acto; la nota se unirá al original de la donación (art. 1.070).

Es nula la donación que tiene por objeto instituir ó dotar beneficios simples, capellanías laicas ú otras fundaciones semejantes (art. 1.075).

Si la donación de cosas muebles se hubiese hecho con reserva de usufructo, cesando éste, está obligado el donatario á recibir los efectos donados que se encuentren en especie en el estado en que se hallen, teniendo acción contra el donante ó sus herederos para los efectos que no existan ya, hasta la concurrencia del valor que se les haya atribuido en el acto de donación, á no ser que hubiesen perecido solamente por caso fortuito (art. 1.076).

Lo dispuesto por nuestro Código en su art. 638 respecto á la evicción y saneamiento de las cosas donadas, tiene bastantes analogías con lo que ordena el Código italiano en el 1.077, pero éste es más minucioso y casuístico, como se puede observar por su texto literal, que es así:

«El donante no está obligado á dar garantía al donatario de la evicción que éste pueda experimentar de la cosa donada. Deja, sin embargo, de ser aplicable esta regla, además del caso expresado en el art. 1.396 (constitución de dote):

1.° Cuando el donante haya prometido expresamente la garantía.

2.° Cuando la evicción se funde en el dolo ó en el hecho personal del donante.

3.° Cuando se trate de donación que imponga cargas al donatario; en este caso se debe la garantía solamente hasta la concurrencia del importe de las cargas.»

Contiene el Código que estudiamos en su art. 1.069 un precepto contrario en absoluto al del art. 639 de nuestro Có-

digo, pues en tanto que éste dispone que si muriese el donante que se hubiera reservado la facultad de disponer de algunos de los bienes donados ó de alguna cantidad con cargo á ellos, sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado, aquél, en oposición, ordena terminantemente que lo reservado pertenecerá á los herederos del mismo donante, á pesar de cualquier cláusula ó convenio en contrario.

El art. 640 del Código patrio es análogo al 1.074 del de Italia, que dice: «Está permitido al donante reservar en su beneficio y también después de él, en el de uno ó varios, pero no sucesivamente, el uso ó usufructo de los bienes donados, tanto inmuebles como muebles.»

Desarrolla en tres artículos el Código de Italia lo que el nuestro dispone en el 641, siendo, sin embargo, en esencia igual la doctrina; la diferencia estriba, como observaremos á continuación, en que aquel Código especifica los efectos de la reversión. Los articulos que de esto tratan son los siguientes:

Art. 1.071. El donante puede estipular la reversión de los efectos donados, lo mismo en el caso en que el donatario sólo haya muerto, ó en el que hubiesen dejado de existir el donatario y sus descendientes. Este derecho sólo puede tener lugar en beneficio del donante.

Art. 1.072. El derecho de reversión produce el efecto de anular todas las enajenaciones de los bienes donados y el de hacerlos volver al donante libres y exentos de toda carga é hipoteca, exceptuándose la hipoteca de la dote, ganancias dotales y contratos matrimoniales, cuando los demás bienes del cónyuge donatario no fuesen bastantes, y sólo en el caso en que la donación se le hubiese hecho por el mismo contrato de matrimonio del que resulten semejantes derechos é hipotecas.

Art. 1.073. En las donaciones no están permitidas las sustituciones sino en los casos y con los límites establecidos

para los actos de última voluntad. La nulidad de las sustituciones no perjudica á la validez de la donación.

Finalmente, los preceptos de los artículos 642 y 643 de nuestro Código no tienen concordantes en el Código que estudiamos.

Revocación de las donaciones.—Por tres causas pueden revocarse las donaciones, según el Código italiano, causas que son las mismas reconocidas por nuestro Código, es á saber: 1.° Por efecto de la condición resolutoria. 2.° Por ingratitud. Y 3.° Por superveniencia de hijos.

Con el art. 644 de nuestro Código es concordante el 1.083 del que comparamos, estableciendo que las donaciones hechas por personas que no tuviesen hijos ó descendientes legítimos vivos al tiempo de la donación, pueden revocarse por sobrevenir un hijo legítimo al donante, aunque fuese póstumo si hubiese nacido vivo, ó viable, ó por la legitimación de un hijo natural por subsiguiente matrimonio, cuando haya nacido después de la donación. Tratándose de donaciones recíprocas, la revocación de la donación por sobrevenir prole á uno de los donantes produce también la revocación de la donación hecha por el otro.

Diferéncianse, pues, ambos Códigos en este punto en que el español no menciona el caso de las donaciones recíprocas, y el italiano no previene el de que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Revocada la donación por esta causa, el donatario está obligado á restituir los bienes donados, ó su valor por los que hubiese vendido; pero este valor lo refiere el Código de Italia al tiempo de la demanda, á diferencia del español, que se remonta al de la donación.

Nada dice el Código de Italia en cuanto á la facultad que el patrio concede al donante de liberar las hipotecas que graven los bienes donados, pagando la cantidad que garanticen, con derecho á reclamarla del donatario.

De acuerdo con el art. 646 de nuestro Código, dispone

el 1.090 del que es objeto de comparación que la acción para pedir la revocación por sobrevenir hijos al donante, se prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el dia del nacimiento del último hijo, agregando que el donante no puede proponer dicha acción después de la muerte de los hijos y de sus descendientes; y el 1.084 declara la nulidad de toda cláusula ó contrato por la que el donante haya renunciado al derecho de revocar la donación por sobrevenir hijos, pero no consigna este Código que la mencionada acción se transmite por muerte del donante á los hijos y sus descendientes legítimos.

Además de las disposiciones citadas, contiene el Código que estudiamos las siguientes, que no se encuentran en el español:

Art. 1.085. La revocación puede pedirse aun en el caso en que el hijo del donante estuviese ya concebido al tiempo de la donación.

Art. 1.086. La donación puede también revocarse aun en el caso en que el donatario haya entrado en la posesión de los bienes donados y que el donante le haya dejado continuar en dicha posesión después de sobrevenir un hijo; pero el donatario no está obligado á restituir los frutos percibidos, de cualquier especie que sean, sino desde el día de la demanda judicial.

Art. 1.087. Se exceptúan de las disposiciones precedentes, quedando irrevocables lo mismo por causa de ingratitud que por sobrevenir descendencia, las donaciones puramente remuneratorias y las hechas en vista de un matrimonio determinado, salvando, sin embargo, á los hijos del donante el derecho de pedir la reducción en cuanto excedan de la porción disponible (art. 1.087).

En cuanto á la revocación de las donaciones por no cumplir el donatario las condiciones impuestas por el donante, se hallan de acuerdo ambos Códigos, dictando análogas disposiciones, pero el de Italia habla además del caso en que

se cumplan las condiciones resolutorias impuestas á la donación, en el cual los bienes donados vuelven al poder del donante, libres de todo gravamen é hipoteca impuesta por el donatario, teniendo el donante contra los terceros detentadores de los inmuebles donados, todos los derechos que tendría el donatario (art. 1.079).

La revocación de las donaciones por causa de ingratitud no puede pedirse, según el Código italiano, más que en los casos siguientes:

1.° Si el donatario hubiese atentado á la vida del donante.

2.° Si fuese culpable respecto de él, de otro crimen, sevicia ó injuria grave.

3.° Si le negare indebidamente los alimentos (art. 1.081).

En este punto, por consiguiente, difiere del español, que agrega el caso 2.° de su art. 648.

Las prescripciones de los artículos 649 y 650 de nuestro Código no tienen equivalentes en el que comparamos.

En todos los casos de revocación de donaciones, el donatario devolverá los frutos percibidos desde la interposición de la demanda, según el art. 1.089 del Código de Italia, no estableciendo por consiguiente, como lo hace el 651 de nuestro Código, las distinciones entre la revocación por ingratitud y por superveniencia de hijos, en cuyos casos dicta la misma doctrina que aquél, y la revocación por falta de cumplimiento de las condiciones impuestas por el donante, en cuyo supuesto devolverá los frutos percibidos desde que dejó la condición de cumplirse.

El art. 1.082 del Código de Italia preceptúa, al igual de los artículos 652 y 653 del español, que la demanda de revocación por ingratitud debe formularse dentro del año siguiente al día del hecho que haya dado lugar á ella ó desde el día en que el donante haya podido saberlo, no pudiendo intentarse esta demanda por el donante contra los herederos del donatario, ni por los herederos del donante contra el do-

natario, á no ser, en este último caso, cuando haya sido intentada la acción por el mismo donante, ó cuando haya muerto dentro del año en que tuvo lugar dicho acto. En este último extremo discrepa el legislador italiano de nuestro Código, puesto que este último exige en todo caso que se halle interpuesta la demanda por el donante antes de su muerte.

Reducción de las donaciones.—Unánimes están ambos Códigos en esta materia, siendo exactamente iguales los artículos 1.091, 1.092 y 1.093 del que comparamos al 654, 655 y 656 del patrio.

La única diferencia consiste en que el Código italiano agrega otros dos artículos que no tienen concordante con el español. Dispone en ellos que los inmuebles que hayan de recuperarse por consecuencia de la reducción estarán libres de toda carga é hipoteca contraída por el donatario (artículo 1.095).

La acción para la reducción y para la reivindicación puede promoverse por los herederos contra los terceros detentadores de los inmuebles que formen parte de las donaciones y ventas hechas por el donatario, del mismo modo y en el mismo orden en que pudiera promoverse contra los mismos donatarios y previa excusión de sus bienes; esta acción debe promoverse según el orden de fecha de las ventas, empezando por la última.

PORTUGAL

DE LA OCUPACIÓN

Título III, lib. II, parte segunda, artículos 383 á 428.

Capítulo I: Disposición general (art. 383).—Capítulo II: De la ocupación de los animales.—Sección primera: De la caza (artículos 384 al 394).—Sección segunda: De la pesca (artículos 395 al 399).—Sección tercera: De la ocupación de los animales fieros que ya tuvieren dueno (artículos 400 al 403).—Sección cuarta: De la ocupación de los animales domésticos abandonados, perdidos ó extraviados (artículos 404 al 410).—Capítulo III: De la ocupación de las cosas inanimadas —Sección primera: De la ocupación de las cosas muebles abandonadas (artículos 411 y 412).—Sección segunda: De la ocupación de las cosas muebles perdidas (artículos 413 al 421.)—Sección tercera: De la ocupación de tesoros y cosas escondidas (artículos 422 al 427).—Sección cuarta: De la ocupación de las embarcaciones y de otros objetos procedentes de naufragios (art. 428).

Nótase á primera vista una diferencia notable entre el Código de Portugal y el Código español, en cuanto al plan y á la manera de apreciar lo que la ocupación es.

Según el Código lusitano, es lícito á cualquiera apropiarse por medio de la ocupación, de los animales y de otras cosas que nunca tuvieron dueño, y de las que estuvieron abandonadas ó perdidas, salvas las declaraciones y restricciones contenidas en los capítulos siguientes (art. 383).

Considera la ocupación como un derecho de los que se adquieren por hechos y voluntad propia, independiente de la cooperación ajena, é incluye en esta materia lo que nuestro Código califica de propiedades especiales, como son las aguas y los minerales. De éstas no nos ocupamos en el actual estudio, porque ya fueron comparadas en su lugar correspondiente en el tomo VII.

Concede, por consiguiente, el Código lusitano mayor extensión á este modo de adquirir que nuestro Código, y se

aparta por completo del plan que el mismo sigue en la exposición de esta materia.

Trata el Código que comparamos, en el capítulo II del título que dedica á la ocupación, de la de los animales, dividiéndole en cuatro secciones, referentes respectivamente á la caza, á la pesca, á la ocupación de los animales fieros que ya tuvieren dueño, y á la de los animales domésticos abandonados, perdidos ó extraviados.

Desde luego se observa en el Código portugués una marcada minuciosidad en la exposición de todas la materias que le componen, y así vemos que, al ocuparse de la caza y de la pesca, á pesar de remitirse en cuanto á su ejercicio á los Reglamentos administrativos, se detiene á dictar disposiciones minuciosas, que nuestro Código en su art. 611 deja para leyes especiales.

Hemos de dar, sin embargo, una idea, siquiera sea ligera, de los preceptos que contiene el Código objeto de comparación, relativos á la caza y á la pesca, para que este estudio resulte completo.

Dice el Código portugués que es lícito á todos, sin distinción de personas, dar caza á los animales fieros conforme á los Reglamentos administrativos que determinan la forma y el tiempo en que debe hacerse: 1.° En los terrenos propios cultivados é incultos. 2.° En los terrenos públicos ó municipales no cultivados ni murados, ó no exceptuados administrativamente. 3.° En los terrenos particulares no cultivados ni cercados. La disposición del número primero se refiere al propietario y á todos los que del mismo tuvieren licencia (artículo 384).

En los terrenos cultivados, abiertos, bien sean públicos, municipales ó particulares, que estén sembrados de cereales ó contengan cualquiera otra semilla ó plantación anual, únicamente será lícito cazar después de hecha la recolección (art. 385).

En los terrenos en que hubiere viñas ú otras plantas

fructíferas de pequeña altura, únicamente será lícito cazar, en el tiempo que medie desde la recolección á aquel, en que las plantas comiencen á brotar. Los Municipios fijarán los límites del período en que anualmente debe cesar la libertad de cazar (art. 386).

En los terrenos abiertos, plantados de olivo ó de otros árboles fructíferos de gran altura, se podrá cazar en todo tiempo, excepto en el que media desde la madurez de los frutos á la recolección (art. 387).

El cazador hace suyo el animal por el solo hecho de la aprehensión, pero tiene derecho sobre el que hiere mientras vaya en su persecución, salvo si el animal herido se guarece en terreno cercado con muro, valla ó setos, en cuyo caso no podrá el cazador seguirle dentro de dicho predio sin licencia del dueño. Pero si en aquel sitio cayera el animal muerto, podrá el cazador exigir que el propietario ó quien le represente se lo entregue ó permita que él solo vaya á buscarle. Se considera aprehendido el animal que el cazador haya muerto durante el acto venatorio y aquel otro que haya caído en sus redes ó lazos (artículos 388 y 389).

En todo caso, el cazador es responsable del daño que cause, pagándole duplicado si el hecho acaece en ausencia del propietario ó de quien le represente. Siendo varios los cazadores, responden solidariamente de dichos daños. El hecho de la entrada de los perros de caza en un predio cercado, á pesar de la voluntad del cazador, en persecución del animal que haya penetrado en la finca, sólo producirá una obligación de mera reparación por los daños que se causen, prescribiendo la acción para reclamar dichos perjuicios á los treinta días de causados (art. 390).

El propietario ó poseedor de predios cercados en los cuales no puedan salir y entrar libremente los animales, podrá cazarlos en cualquier tiempo y forma (art. 391).

Se permite á los propietarios y labradores destruir en cualquiera época en sus tierras, los animales fieros que per-

judiquen sus sementeras y plantaciones, é igual facultad tienen con relación á las aves domésticas, en el tiempo en que en los campos tuviesen tierras sembradas, cereales ú otros frutos pendientes en que aquéllas pueden causar perjuicio (art. 392).

Se prohibe en absoluto destruir en los predios ajenos nidos, huevos ó crías de aves de cualquier especie (artículo 393).

Las leyes y Reglamentos administrativos, además de los municipales, fijarán el tiempo en que la caza en general, ó alguna en particular, deba ser prohibida en absoluto ó en forma determinada, así como las multas que deban imponerse, ya sea por contravenir á aquellas disposiciones ó violar los derechos que quedan consignados (art. 394).

En cuanto á la pesca, dispone el Código portugués que á todos, sin distinción de personas, se le permita ejercitarla en las aguas públicas y comunes, salvas las restricciones consignadas en los Reglamentos administrativos (art. 395).

Nadie puede valerse de los terrenos marginales para el ejercicio de su derecho de pesca sino en los mismos casos en que en ellos se permita la caza, conforme á los términos expresados en los artículos 384 al 387 (art. 396).

El derecho de pesca en las aguas particulares pertenece exclusivamente á los dueños de los predios en los que aquéllas se encuentren ó corran (art. 397).

La pesca, en cuanto á la forma, tiempo y multas correccionales, se regulará administrativamente en lo que se refiera á las aguas públicas, y por los Ayuntamientos en lo relativo á las aguas municipales ó particulares (art. 398).

La pesca en los estanques y viveros particulares, en los que no pueda tener entrada ni salida libre el pescado, no está sujeta á los Reglamentos administrativos ó municipales (artículo 399).

Aunque análogas ó parecidas á las de nuestro Código, son también más extensas y minuciosas las disposiciones

del Código de Portugal referentes á la ocupación de los animales fieros que ya tuviesen dueño y á la de los animales domésticos abandonados, perdidos ó extraviados. Las reglas contenidas en los artículos 612 y 613 de nuestro Código se hallan desarrolladas en el Código lusitano en los artículos 400 al 410, en la siguiente forma:

Es lícito á cualquiera apropiarse de los animales fieros que, habiendo tenido dueño, vuelvan á su natural libertad, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 384 y siguientes (antes examinados), y de las restricciones y declaraciones que á continuación se expresan. Los animales fieros habituados á determinada guarida, construída por la industria del hombre, que se trasladaran á guaridas pertenecientes á otro dueño, quedarán en poder de éste si no pudieran ser reconocidos, pues en el caso contrario, puede el antiguo dueño recuperarlos, siempre que lo haga sin perjuicio de otro. Probándose, sin embargo, que los animales fueron atraídos por fraude ó artificio de la persona á cuyo poder llegaron, estará ésta obligada á entregarlos al antiguo dueño ó á pagarle el duplo de su valor si no pudiere restituirlo, todo sin perjuicio de las penas correccionales que sean procedentes.

Es lícito á cualquiera ocupar los enjambres que primero encontrase, no siendo perseguidos por el dueño de la colmena de que procediesen, ó no habiéndose pasado á predio perteneciente al dueño de la misma colmena, ó á cualquier edificio, ó dentro de finca en que no sea permitido el cazar. Pero si el enjambre fuera perseguido por el dueño de la colmena, estará obligado el propietario del predio á permitirle que lo recoja ó á pagarle su valor.

Los animales feroces y dañinos que se evadieren de sitios en que su dueño los tuviere encerrados, podrán ser destruídos ú ocupados libremente por cualquier persona que los encontrare.

Los animales domésticos que su dueño abandonare po-

drán ser ocupados libremente por el primero que los encuentre.

Los animales perdidos ó extraviados únicamente pueden ser ocupados en los términos siguientes: Si el que los encontrare supiese á quién pertenecen, deberá restituirlos á su dueño ó poner en su conocimiento el hallazgo á lo más dentro de tres días, si el propietario está domiciliado ó reside en el mismo municipio en que se encontró lo perdido: en caso contrario, pondrá el hallazgo dentro del mismo plazo en conocimiento de la autoridad administrativa del distrito, á fin de que lo participe al dueño. Si ignorase la persona á quien pertenezca, deberá presentarlo sin demora á la autoridad administrativa del distrito en que el hallazgo tuvo lugar, la cual mandará tomar nota de la calidad, señas, estado y valor aparente del animal, y del lugar en que fué hallado, y lo hará depositar en poder del inventor, ó de otro si aquél se excusase. Si el animal encontrado fuese volátil, la autoridad lo hará pregonar en el domingo siguiente en la puerta de la iglesia parroquial pocos momentos antes de la misa mayor, y si dentro de los quince días siguientes no pareciese el dueño, quedará aquél de la propiedad de la persona que lo encontró. Siendo el animal hallado oveja, cabra, puerco ó cualquier otro cuadrúpedo de especie análoga ó de otra, si su valor no excede de seis mil reis, se observará lo dispuesto respecto de los volátiles, con la diferencia de que el plazo será de treinta días, y se repetirán de ocho en ocho los pregones. Si el animal hallado fuese de ganado mayor ó cuadrúpedo de gran tamaño, cuyo valor exceda de seis mil reis, se observarán igualmente las reglas anteriones con las siguientes modificaciones: 1.ª, además de los pregones, hará el inventor insertar la noticia del hallazgo en la *Gaceta* de la respectiva Audiencia; 2.ª, el animal hallado pertenecerá al ocupante pasados tres meses. Los plazos indicados se contarán desde el día de los primeros pregones. Las diligencias que se practiquen serán siempre gratuitas, excepto los pre-

gones, que serán satisfechos por el propietario ó por el ocupante si aquél no se presentase en tiempo útil. Si la persona en cuyo poder se depositase el animal, no tuviese medios para sustentarlo ó hubiere riesgo de desmejora, podrá pedir que aquél se remate, depositándose su producto: en este caso, se aplicará á la cantidad en depósito lo que queda dispuesto en los párrafos anteriores.

El dueño del animal perdido ó extraviado estará obligado á pagar los gastos hechos, si no prefiriese abandonarlo. El inventor que no cumpliere con las obligaciones expresadas, deberá, además de la responsabilidad penal y civil en que incurra, restituir el animal ó su valor al dueño, en cualquier tiempo en que éste aparezca, sin derecho á indemnización alguna por los gastos que se le hayan ocasionado.

Llegamos al capítulo III del título que el Código portugués dedica á la ocupación, y en él trata de la de las cosas inanimadas, capítulo que se subdivide en cuatro secciones, referentes respectivamente á la ocupación de las cosas muebles abandonadas, de las perdidas, de los tesoros y cosas escondidas, y de las embarcaciones y de otros objetos procedentes de naufragios.

La primera sección, ó sea la que á las cosas muebles abandonadas se refiere, no tiene concordante en el Código patrio. Dispone en ella el que comparamos que las cosas muebles abandonadas podrán ser ocupadas libremente por la primera persona que las halle (art. 411), y que en la ocupación y entrega de las cosas muebles abandonadas en las estaciones de transporte ó de viajeros, en las aduanas ó en cualesquiera otras casas fiscales, se observará lo dispuesto en los respectivos Reglamentos de los caminos de hierro, correos, sillas de postas, aduanas, etc. (art. 412).

En cuanto á la ocupación de las cosas muebles perdidas, median también notables diferencias entre ambos Códigos, porque el de Portugal, procediendo con su acostumbrada minuciosidad, establece para cada caso disposiciones espe-

ciales, no dictando una regla general como hace el espanol en sus artículos 615 y 616. Veamos lo que dispone aquel Código en el punto que examinamos, y observaremos la certeza de esta afirmación.

En primer término, ordena que quien hallare una cosa perdida cuyo dueño conociese, se atendrá á lo dispuesto para el mismo caso respecto de los animales domésticos perdidos ó extraviados (art. 414).

Cuando ignore quién es su dueño, debe, en el plazo de tres dias, ponerlo en conocimiento de la Autoridad administrativa de la parroquia en que el hallazgo se verificó, declarando la naturaleza del objeto y su valor aproximado, y el día y lugar del hallazgo, para que la referida Autoridad mande anunciar en las puertas de la iglesia parroquial el suceso en cuestión. Existirá en poder de la Autoridad mencionada un cuaderno foliado, rubricado y sellado, en el cual se copien los anuncios, declarándose el dia en que se fijen y poniéndole la Autoridad su visto bueno y firma (art. 415).

Si el valor de la cosa excediere de 3.000 reis, la Autoridad administrativa parroquial, al disponer la fijación de los anuncios, mandará que se publique una copia de los mismos en la *Gaceta* de la Audiencia territorial correspendiente (artículo 416).

Las diligencias mencionadas se practicarán oficial y gratuitamente (art. 417).

El dueño de la cosa pagará todos los gastos hechos por el inventor en la conservación de la misma, á no ser que prefiera abandonarla (art. 418).

El inventor hará suya la cosa hallada en los términos siguientes:

1.° Si la cosa no excediese del valor de 3.000 reis y no pareciese su dueño, dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la fecha de la publicación de los anuncios.

2.° Si la cosa excediere del valor de 3.000 reis y no pasase del de 6.000 y no pareciese su dueño, en el plazo de

tres meses, contados desde la publicación del anuncio en la *Gaceta*.

3.° Si excediere del valor de 6.000 reis y no llegase á 12 000, no pareciendo el dueño, en el plazo de medio año, contado desde la misma fecha.

4.° Si la cosa excediere del valor de 12.000 reis, sólo podrá pertenecer al inventor pasado un año, contado desde la misma fecha, pero debiendo reservar el valor de la tercera parte, deducidos todos los gastos, para el Consejo de beneficencia popular del distrito en que la cosa fué hallada, ó para la magistratura que lo sustituyese (art. 419).

Los que hallaren objetos perdidos y no cumpliesen con las obligaciones indicadas, estarán obligados á restituir, sin abono de gastos, la cosa hallada á su dueño, é incurrirán, además, en la responsabilidad penal civil correspondiente (artículo 420).

Cuando no se sepa de cierto si la cosa ha sido perdida ó abandonada, se presumirá perdida (art. 421).

Apártase también el Código de Portugal del patrio en cuanto á las disposiciones relativas á la ocupación de tesoros. Encontramos la primera y capital diferencia en el concepto que del tesoro tienen ambos Códigos, porque en tanto que el español exige como requisito indispensable para la existencia jurídica del tesoro el que se ignore su dueño, el portugués admite que el dueño pueda ser conocido, en cuyo caso le aplica las mismas reglas establecidas para el hallazgo de los animales domésticos perdidos ó extraviados (artículo 422).

Cuando se ignore su dueño, ó sea en el supuesto del verdadero tesoro, el Código lusitano distingue dos casos: que la antigüedad del tesoro no exceda de treinta años, ó que sea mayor. En el primer caso, se hará anunciar el hallazgo en la *Gaceta* del respectivo distrito, poniendo además en conocimiento de la autoridad administrativa local el hallazgo dentro de los tres días siguientes de haberse

efectuado, la cual le hará anunciar por medio de edictos insertos en los periódicos, para que las personas que se creyesen con derecho se presenten á ejercitarlo en el término de dos años, y transcurridos éstos sin que se presente el verdadero dueño, se adjudicará al inventor totalmente si fuere el propietario del predio en que se descubrió y la tercera parte si fuere persona distinta, reservándose las dos terceras partes para el propietario.

Cuando el tesoro tuviese mayor antigüedad de treinta años se adjudicará interinamente en la misma forma antes expuesta.

Prohibe el Código que comparamos la investigación de tesoros en predio ajeno particular, municipal ó del Estado, sin permiso de sus respectivos propietarios, incurriendo el contraventor en la pérdida de lo hallado y respondiendo de los daños y perjuicios que origine.

Por último, el que se apropiare tesoros ó cosas escondidas en perjuicio de los derechos de tercero, perderá la parte que pudiera corresponderle, destinándose ésta á los Establecimientos de Beneficencia popular de la comarca en la cual fuese encontrado el tesoro.

Respecto á los objetos arrojados al mar ó los que las olas arrojen sobre la playa, disponen de conformidad ambos Códigos, que se rijan por leyes especiales.

DE LAS DONACIONES

Capítulo V.—Título II.—Libro II.—Parte segunda. Artículos 1.452 al 1.505.

Sección primera: De las donaciones en general (artículos 1.452 al 1.475).—Sección segunda: De quiénes pueden hacer y recibir donaciones (artículos 1.476 al 1.481).—Sección tercera: De la revocación y reducción de las donaciones (artículos 1.482 al 1.505).

Al contrario de lo que sucede con la ocupación, en la materia de donaciones hallamos una completa semejanza entre los preceptos del Código de Portugal y los que el patrio dicta para tal institución, hasta el punto de que son muchos los artículos cuya redacción es literalmente igual en ambos Códigos, como iremos observando en su comparación. Bajo este supuesto, no hemos de detenernos mucho en nuestro estudio, toda vez que no son precisas extensas consideraciones para hacer resaltar las diferencias que entre ambos Códigos existen, porque éstas son bien escasas y de pequeña importancia.

Naturaleza de las donaciones.—Es la donación, según el Código lusitano, un contrato por el que una persona transfiere á otra gratuitamente una parte ó la totalidad de sus bienes presentes (art. 1.452).

En esta definición es acaso en lo que más difieren los dos Códigos que comparamos, porque mientras el Código portugués considera la donación como un *contrato*, el español dice que es un *acto*. Puede transferirse, según aquella definición, la totalidad de los bienes presentes, siquiera esto no sea exacto en absoluto, pues, como veremos más adelante, establece limitaciones á estas reglas, á semejanza de nuestro Código.

En términos más precisos y claros que el Código español, clasifica el lusitano las donaciones en puras, condicionales, onerosas ó remuneratorias. Pura es la donación perfec-

tamente graciosa é incondicional: donación condicional es la que depende de una circunstancia; onerosa es la que implica alguna obligación; y remuneratoria es la que se hace en atención á servicios recibidos por el donante que no revisten la naturaleza de deudas exigibles (art. 1.454).

Este artículo, que en esencia contiene la misma doctrina del 619 de nuestro Código, se halla, sin embargo, como antes hemos indicado, redactado en términos más claros y precisos, toda vez que contiene una verdadera clasificación de las donaciones.

Conformes ambos Códigos en que las donaciones por causa de muerte participan del carácter de las disposiciones de última voluntad, las subordinan á las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, añadiendo el Código de Portugal que no alcanza esta disposición á las donaciones por matrimonio, aunque hayan de producir efecto después de la muerte del donante (art. 1.457).

Nada dice respecto á las disposiciones que han de regir las donaciones entre vivos, como lo verifica nuestro Código en sus artículos 621 y 622, omisión perfectamente explicable en el Código que comparamos, porque considerando la donación como un contrato, es natural que las reglas generales de las convenciones les sean aplicables en todo aquello que no se halle determinado en el capítulo especialmente dedicado á dicha institución.

En cambio, consigna en su art. 1.455 que la donación onerosa sólo puede considerarse como donación en la parte que excede al valor de las obligaciones impuestas.

Consigna también este Código en su art. 1.456 el principio de que las donaciones *inter vivos* son irrevocables desde su aceptación, excepto en los casos admitidos por la ley, precepto no contenido expresamente en nuestro cuerpo legal, pero que tácitamente se deduce desde el momento en que señala los únicos casos en que pueden revocarse.

Personas que pueden hacer ó recibir donaciones.—Lite-

ralmente igual que nuestro Código, dispone el de Portugal que pueden hacer donaciones todos los que tienen capacidad para contratar y disponer de sus bienes (art. 1.476) y que pueden aceptarlas todos los que no estén especialmente impedidos para ello por disposición de la ley (artículo 1.477).

Del mismo modo también que nuestro art. 626, dispone el 1.478 del Código lusitano que aquellos que no pueden contratar no pueden aceptar las donaciones condicionales ú onerosas sin autorización de las personas á quienes incumbe conceder, y añade que, sin embargo, las donaciones puras y simples hechas á esta clase de personas, producen efecto independientemente de la aceptación, en todo lo que fuere provechoso para los donatarios.

El Código que comparamos se limita á decir, respecto á los concebidos y no nacidos, que pueden adquirir por donación, siempre que estén concebidos al tiempo de ella, y nazcan con vida: nada dice, por consiguiente, en cuanto á la forma en que han de aceptarse estas donaciones, ni por qué personas ha de verificarse.

El art. 1.480 del Código portugués contiene un precepto que no dicta el nuestro: dice ese artículo que son nulas las donaciones hechas por hombre casado á su concubina: esta nulidad sólo puede declararse á instancia de la mujer del donante ó de los herederos legítimos de ella, no pudiendo, sin embargo, intentarse la acción sino dentro de dos años después de disuelto el matrimonio.

El art. 1.481 es igual al 628 del Código patrio, añadiendo aquél que son tenidas como personas medianeras ó interpuestas los descendientes, ascendientes ó consortes de los inhábiles.

Los artículos 629, 630 y 631 de nuestro Código no tienen concordante en el Código que comparamos: sólo el artículo 1.465 mantiene alguna semejanza, toda vez que en él se dispone que la donación caduca no siendo aceptada en vida

del donante, salvo lo dispuesto en el art. 1.478, que antes hemos examinado.

Forma en que han de hacerse las donaciones.—Puede otorgarse la donación, según el Código que estudiamos, verbalmente ó por escrito. La donación verbal sólo puede hacerse entregando al mismo tiempo la cosa donada si es mueble. La donación de cosas muebles, no siendo acompañada de la entrega, debe forzosamente otorgarse por escrito (artículo 1.458).

En este punto, como se ve, se halla de acuerdo con lo ordenado por nuestro Código en su art. 632, salvo que éste exige además que conste también por escrito la aceptación.

En cuanto á la donación de bienes inmuebles, dispone el Código lusitano que, si su valor no excediese de 50.000 reis, podrá hacerse en escritura particular con la firma del donante ó de otro á su ruego si no sabe escribir, y á más dos testigos que pongan su firma entera; si excediese de aquella cantidad, se hará por escritura pública, y sólo producirán efecto estas donaciones con relación á tercera persona desde que fueren registradas (art. 1.459).

En este punto difiere bastante de lo que nuestro Código ordena en el art. 633, puesto que el de Portugal admite dos formas de verificar la donación de bienes inmuebles según su valor, en tanto que el de España exige en todo caso que se haga por escritura pública.

Respecto á la aceptación, ordena el art. 1.466 que si la donación no fuese aceptada en el mismo acto, y la aceptación no se insertase en el contrato ó documento en que se hace constar la donación, se anotará después en el escrito, precepto que, relacionado con el del art. 1.465 que antes hemos copiado, es semejante á lo que dispone el ya citado artículo 633 del Código patrio en sus dos últimos párrafos.

Efectos y limitación de las donaciones.—Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante sin reserva de usufructo, ó de los medios de subsistencia

necesarios para un decoroso pasar. Esta es la doctrina del artículo 1.460 del Código lusitano, en armonía con la sustentada por el 634 del patrio, y he aquí por qué dijimos, al examinar la definición que de las donaciones da aquel Código, que no es muy exacta al expresar que es un contrato por el que se transfiere gratuítamente una parte *ó la totalidad* de los bienes presentes.

Ampliando más el concepto de la limitación de las donaciones, establece el Código que comparamos que si el donante hiciese donación de todos los bienes muebles é inmuebles, se entenderá que la donación comprende los derechos y las acciones (art. 1.461).

Si el donante hiciese donación por causa de muerte, en contrato de matrimonio sin reserva alguna ó reservando algunos bienes, pero sin determinar cuáles sean, ni la porción que los comprenda, se entenderá que reserva el tercio de la donación (art. 1.462).

Si el donante dispusiere en contrato de casamiento de su tercio legal, se entenderá que se reserva el tercio del tercio (artículo 1.463).

Conformes se hallan ambos Códigos en que la donación no podrá comprender los bienes futuros, entendiendo por tales aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Aun cuando el Código que estudiamos no dedica un artículo especial á ordenar expresamente, como el 638 del Código patrio, que nadie podrá dar ni recibir por donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento, este precepto se halla implícitamente comprendido en el art. 1.492, que luego examinaremos, desde el momento en que manda reducir como inoficiosas las donaciones que perjudiquen la legítima.

El art. 637 de nuestro Código contiene igual disposición que el 1.467 del que comparamos, salvo que éste no hace la excepción que aquél respecto á las donaciones hechas con-

juntamente á marido y mujer. También coinciden en sus disposiciones los artículos 638 del Código patrio y 1.468 del que estudiamos.

No sucede lo propio con lo que ordena el art. 639, porque en su lugar el Código lusitano manda en el 1.464 que si el donante muriese sin disponer de lo que se hubiese reservado, pasará á sus herederos legítimos dentro del cuarto grado, y sólo á falta de éstos irá á poder del donatario.

El art. 640 de nuestro Código no tiene equivalente en el que comparamos.

Los dos párrafos que forman el art. 641, relativo á la reversión de las donaciones, son copia fiel de los artículos 1.473 y 1.474 del Código portugués, añadiendo á lo que preceptúa el nuestro sobre este punto que los bienes donados, al pasar por cláusula de reversión á poder de la persona ó personas á favor de quien dicha cláusula se estipuló, pasan libres de las cargas que les hayan sido impuestas en el tiempo que estuvieron en poder del donatario (art. 1.475).

De acuerdo se hallan también ambos Códigos en que si la donación se hace con encargo de pagar las deudas del donante, se entenderá, á falta de declaración en contrario, que queda solamente obligado el donatario á pagar las contraídas hasta la fecha de la donación. Para el caso de que no medie estipulación respecto de las deudas del donante, el Código de Portugal dispone que si la donación fuese de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante, excepto en caso de hipoteca ó de fraude en perjuicio de los acreedores; y si la donación fuese de la totalidad de los bienes, responderá el donatario de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, salvo declaración en contrario (art. 1.470).

Finalmente, con respecto á esta materia de los efectos de las donaciones, hállanse en el Código que comparamos, dos artículos que no tienen concordante en el español. Dicen así:

«Las donaciones de muebles y metálico hechas por el marido sin consentimiento de la mujer, se tomarán en cuenta en la porción que le corresponda, excepto cuando sean remuneratorias ó de poca importancia (art. 1.471).

La donación legalmente hecha, sea de la cuantía que quiera, producirá todos los efectos jurídicos independientemente del Registro ó de cualquier otra formalidad posterior al acto de la donación, excepto lo dispuesto respecto á las donaciones de bienes inmuebles (art. 1.472).»

Revocación de las donaciones.—Las donaciones consumadas son revocables, según el Código de Portugal, además de los casos en que lo puede ser cualquier contrato: 1.°, por superveniencia de hijos legítimos, siendo el donante casado al tiempo de verificarse la donación; 2.°, por ingratitud del donatario; 3.°, por inoficiosidad (art. 1.482).

En el primer caso no será revocada: 1.°, si el donante ya tuviere algún hijo ó descendiente legítimo vivo al tiempo de la donación; 2.°, siendo la donación hecha por causa de matrimonio (art. 1.483).

Hay, por tanto, diferencias entre ambos Códigos en este punto, puesto que el que comparamos no amplía la revocación tanto como el nuestro en su art. 644.

En cuanto á los efectos de la revocación por superveniencia de hijos, se hallan de acuerdo ambos Códigos, dictando las mismas disposiciones.

Igual conformidad existe en cuanto á los casos en que pueden revocarse las donaciones por ingratitud, y sus efectos.

El Código de Portugal no menciona la revocación de las donaciones por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donante.

Reducción de las donaciones.—Aun cuando en el artículo 1.482 considera el Código que comparamos como una de las causas de revocación de las donaciones, la inoficiosidad, en el art. 1.492 dice que la donación, cualquiera que sea el donatario, puede revocarse *ó reducirse* por inoficiosa,

siempre que ocasione perjuicio en la legítima de los herederos forzosos del donante; pero si el perjuicio de la legítima no alcanza al valor total de la donación, se reducirá ésta lo necesario para que quede satisfecha aquélla. Se calculará el tercio para conocer si hay ó no inoficiosidad, por las reglas establecidas para las sucesiones (art. 1.492).

Es, por consiguiente, en esencia la misma doctrina que nuestro Código sustenta en esta materia, pero además el que comparamos dicta una serie de reglas muy extensas que han de tenerse en cuenta para hacer la reducción, y que para terminar este estudio, reseñaremos en extracto.

En la reducción de las donaciones inoficiosas se acudirá primeramente á las testamentarias ó legados, y sólo se extenderá la acción á las donaciones *inter vivos* cuando no bastasen los bienes legados. Si fuese suficiente la reducción parcial de los legados, será ésta prorrateada entre los legatarios, salvo si el testador hubiese ordenado que, para este efecto, sea preferido uno de ellos, ó que otro quede libre de esta carga.

Si fuere necesario acudir á las donaciones *inter vivos* se comenzará por la última, siguiendo á las restantes por orden de fechas; y si hay varias de la misma fecha se prorratearán para la reducción.

Cuando consistiese la donación en objetos muebles, para hacer la reducción se tendrá en cuenta su valor al tiempo de verificarse la donación, no siendo responsable el donatario de la pérdida ó deterioro de los bienes muebles si hubieren desaparecido ó se hubiesen deteriorado por caso fortuito ó fuerza mayor.

Cuando consista la donación en objetos inmuebles, la reducción se hará en especie. El valor de los bienes inmuebles será calculado con relación á la época en que se hubiere de hacer la reducción, no incluyendo en el cálculo ni el aumento de valor producido por mejoras que el donatario hizo, ni tampoco la disminución de ese valor procedente de los deterioros imputables al donatario.

Si algún inmueble no pudiera dividirse buenamente, se observará lo siguiente: si la importancia de la reducción excediese de la mitad del valor, recibirá el donatario el resto en dinero, y si no excediere entregará el donatario el importe de la reducción.

Cuando el donatario fuese también coheredero, podrá retener el inmueble donado, si su valor no excediese al de la legítima del coheredero, acumulado con el de la donación reducida. En el caso contrario, el donatario aportará el inmueble donado al peculio hereditario, y cobrará de la legítima y de la donación reducida en conformidad con las reglas generales de partición.

Si los inmuebles no se hallasen en poder del donatario al tiempo de la revocación ó reducción, será éste responsable por el valor que tuviesen al tiempo de la donación. Esta acción prescribe á los dos años, contados desde el día en que el heredero legítimo haya aceptado la herencia.

Si la donación consistiese en muebles y el donatario se hallase insolvente, sólo podrán los interesados demandar al inmediato adquirente por el valor de esos muebles al tiempo de su adquisición, habiendo sido transferidos gratuitamente y no obstante la prescripción.

El donatario sobre quien recaiga revocación ó reducción de donación por inoficiosidad, sólo responderá de los frutos é intereses desde que haya sido demandado, á no ser que fuese coheredero, porque en este caso responderá de ellos desde la muerte del donante (artículos 1.493 á 1.505).

GUATEMALA

Libro II: De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas.—Tít. III: De la propiedad ó dominio y de sus efectos.—Art. 515.

El art. 515 del Código de Guatemala, último del tít. III, libro II, dice que se adquiere el dominio por los modos ori-

ginarios de la ocupación, invención y accesión, ó por los derivativos prescritos en dicho Cuerpo legal; es á saber: prescripción, enajenación, donación y sucesión testada é intestada. Existe, por lo tanto, entre este Código y el patrio la diferencia de que aquél incluye entre los modos de adquirir la accesión, tratada ya anteriormente por nuestro Código como un derecho inherente á la propiedad. Esto es, por otra parte, consecuencia del diverso plan que siguen ambos Códigos en la exposición de los títulos referentes á los bienes, la propiedad, la posesión y sus modificaciones y los modos de adquirir el dominio; pues en tanto que nuestro Código estudia separadamente en los libros II y III estas instituciones, el que comparamos las incluye todas bajo uno solo que titula *De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*. No insistimos más sobre este punto, porque ya en otro lugar hemos hecho notar estas diferencias.

DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO
por ocupación é investigación.

Libro II: tit. V (artículos 542 á 579).—§ 1.° De la ocupación (artículos 542 á 560).—§ 2.° De la invención (artículos 561 á 565).—§ 3.° De los bienes mostrencos (artículos 566 á 579).

Por ocupación se adquiere, según el Código de Guatemala, el dominio de las cosas que no son de ninguno (artículo 542).

Está, pues, en este punto de acuerdo con lo que nuestro Código dispone en su art. 610.

Respecto á los derechos de caza y pesca, que, según el Código que comparamos, son especies de ocupación por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos (artículo 543), dicta minuciosas disposiciones reglándolos, sin perjuicio y además de lo que disponen las Ordenanzas especiales sobre estas materias y las municipales de cada pueblo.

Dichas disposiciones, contenidas en los artículos 544 al 555, son semejantes á las que dictan nuestras leyes especiales sobre este punto, y como nuestro Código á ellas se remite en su art. 611, creemos ocioso ocuparnos de su comparación, aparte de la poca importancia que tienen sus diferencias.

Dispone el Código que comparamos en punto á los enjambres de abejas que los que se vuelen de la colmena ó se posen en árbol que no sea del dueño de aquélla, recobren su libertad natural, y cualquiera pueda apoderarse de ellos y de los panales que hayan fabricado, con tal que lo haga con permiso del dueño, siempre que esto sea en tierra ajena, cercada ó cultivada, pudiendo proceder aun contra la prohibición del mismo en las tierras no cercadas ni cultivadas, siendo extensiva esta libertad al dueño de las colmenas (artículo 556).

En este punto difiere de nuestro Código el de Guatemala, puesto que concede mayor libertad para la apropiación de las abejas por el primer ocupante, y limita, en su consecuencia, el derecho del dueño para la persecución de los enjambres.

En cuanto á las palomas que abandonan su palomar, consigna las mismas reglas el art. 557 del Código guatemalteco que el 613 del español, añadiendo aquél que en el caso de ser atraidas por medio de alguna industria, estará obligado el que lo verifique á la indemnización de todo perjuicio, incluso la restitución de las especies. En cambio se limita á referirse exclusivamente á las palomas, sin mencionar los conejos y peces.

Considera el Código que estudiamos la invención ó hallazgo como otra especie de ocupación. En su virtud, el que encuentra una cosa que no pertenece á nadie adquiere su dominio. De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior. Se adquieren de la mis-

ma manera las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante; pero no se consideran abandonadas las cosas que los navegantes arrojan al mar para aligerar la nave. Esto dispone el art. 561 del Código de Guatemala, que es en rigor lo mismo que previene nuestro Código civil en su art. 617.

Ocúpanse los artículos 562 al 565 del Código que estudiamos del descubrimiento del tesoro, considerándolo como otra especie de invención ó hallazgo. Ya en el estudio comparativo inserto en el tomo VI de esta obra, hubimos de parangonar nuestro Código con los artículos que el de Guatemala consagra á exponer la materia de la apropiación del tesoro; mas por razón del distinto plan que siguen ambos Códigos, volvemos ahora á encontrarnos con dichos artículos al tratar de los modos de adquirir el dominio; por consiguiente, al estudio citado nos remitimos, excusando aquí inútiles repeticiones.

Consigna, á semejanza del Código patrio, el de Guatemala, el principio de que la persona que encuentre alguna cosa mueble, al parecer perdida, deberá ponerla á disposición de su dueño, y si nadie se presenta que pruebe ser suya, la entregará al Jefe del departamento ó Alcalde respectivo (artículos 566 y 567).

En l› que no se hallan de acuerdo es en las consecuencias que produce el hallazgo para el inventor, toda vez que el que comparamos dispone que la tercera parte será para aquél, y las dos restantes del valor en que fuese subastada la especie ó muebles se aplicarán á la Universidad Nacional (artículo 569).

La persona que deje de presentar á la autoridad la cosa ó especie encontrada perderá su porción en favor de la misma Universidad, quedando dicha persona sujeta á la acción de perjuicios, y, según las circunstancias, á la pena de hurto (art. 570).

En correspondencia con lo que preceptúa el art. 617 del Código español, establece el guatemalteco, incluyendo entre sus preceptos lo que aquél reserva para leyes especiales, que si naufragare algún buque en las costas de la República, ó si el mar arrojase á ellas los fragmentos de un buque ó efectos pertenecientes, según las apariencias, al aparejo ó carga de un barco, las personas que lo vean ó sepan denunciarán el hecho á la autoridad competente, asegurando entre tanto los efectos que sea posible salvar para restituirlos á quien de derecho corresponda (art. 571).

Los que se los apropiaren quedarán sujetos á la acción de perjuicios y á la pena de hurto (art. 572).

Las especies náufragas que se salvaren, serán restituidas por la autoridad á los interesados mediante el pago de las expensas (art. 573).

Todo lo dicho se entiende sin perjuicio de lo que sobre esta materia se estipulare con las potencias extranjeras, y de los Reglamentos fiscales para el almacenaje y conservación de las especies (art. 574).

Lo que se tome á los enemigos en tiempo de guerra, ora pertenezca á ellos, ó á neutrales, ó á nacionales, queda sujeto á las prescripciones del derecho internacional (art. 575).

A las mismas prescripciones se sujetarán las presas hechas por bandidos, piratas é insurgentes (art. 576).

DE LAS DONACIONES

Libro II.—Título VIII.—Artículos 697 al 745.

Naturaleza de las donaciones.—Es la donación, según el Código que estudiamos, un contrato por el que una persona transfiere á otra, gratuitamente, una parte de sus bienes. Y agrega que por la donación se transfiere á otro el dominio de la cosa donada (artículos 697 y 698).

Por lo expuesto se deduce que la diferencia única que

existe entre este Código y el patrio, en cuanto al concepto de la donación, estriba en considerarla aquél como contrato, á semejanza de otros Códigos extranjeros, que igualmente se separan del español, que la considera como un acto.

Pueden hacerse las donaciones simplemente ó bajo condición, desde día cierto ó hasta cierto día (art. 716).

Este artículo mantiene cierta analogía con el 619 de nuestro Código, que establece las donaciones remuneratorias y onerosas.

Las donaciones por causa de muerte se rigen en Guatemala del mismo modo que en España, por las disposiciones relativas á los testamentos (art. 744), añadiendo el Código de aquella República que estas donaciones pueden ser revocadas por el donante, pero que tal facultad no pasa á los herederos (art. 745).

El precepto del art. 621 del Código patrio, aplicando á las donaciones *inter vivos* las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, es lógico que no tenga concordante en el gualtemalteco, porque desde el momento en que éste las considera como contratos, es innecesario consignar semejante precepto de relación.

También concuerdan ambos Códigos en aplicar á las donaciones remuneratorias en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto, las reglas de las donaciones gratuitas, pero el de Guatemala establece en este punto una limitación, por cuanto exige que el exceso sea en más de la mitad del valor de los servicios que se remuneran, apreciados en dinero (art. 721).

En ambos Códigos, igualmente, se perfecciona la donación cuando el donante la acepta expresamente, y agrega el artículo 700 del Código que comparamos, que la donación es irrevocable, adquiriendo el donatario perpetua y absolutamente la propiedad de la cosa donada, á no ser en los casos señalados en dicho Código. Este precepto, que, como ya hemos visto en los estudios anteriores, se consigna en algunos

Códigos, y que el nuestro no contiene de un modo expreso, es en cierto modo inútil, puesto que después se quebranta esta regla general con los diversos casos en que pueden ser revocadas las donaciones.

Personas que pueden hacer ó recibir donaciones.—Podrá donar entre vivos todo el que tuviere la libre administración de sus bienes (art. 709). Este precepto difiere bastante del equivalente de nuestro Código, que no exige solamente la libre administración de los bienes, sino la disposición, que son conceptos muy distintos.

Tienen capacidad para aceptar donaciones todos los que pueden adquirir por sí ó por medio de apoderado ó de las personas bajo cuya potestad se hallan (art. 718). Resúmense en este artículo del Código guatemalteco, los preceptos de los artículos 625 y 626 de nuestro Código, y si bien su expresión es distinta, en esencia vienen á coincidir en la doctrina.

En equivalencia á lo que dispone el art. 627 del Código patrio, se ordena en el 722 del de Guatemala que basta estar concebido en la época de la donación entre vivos para tener capacidad de adquirir por este título; en la donación por causa de muerte basta estar concebido al tiempo del fallecimiento del donante. En ambos casos la donación se resuelve si el donatario no nace viable.

No hallamos ningún precepto que tenga analogía ó semejanza con el referente á las donaciones hechas á personas inhábiles que consigna el art. 628 del Código español.

Ambos Códigos mantienen el principio de que la donación no obliga al donante, ni produce su efecto sino desde la aceptación, debiendo ésta, una vez verificada, notificarse por el donatario ó por quien le represente, al donante, cuando ambos no hayan expresado su voluntad en el mismo acto de la donación.

Esta aceptación se verificará cuando las donaciones se hagan en favor de los hospitales, de las casas de huérfanos,

de los Establecimientos de instrucción, de los pobres, de algún pueblo ó de las obras públicas por los Administradores, Síndicos ó personas debidamente autorizadas.

Contiene el Código que comparamos varias disposiciones referentes á la aceptación de las donaciones, que no tienen concordante en nuestro Código civil. Vamos á exponerlas, porque constituyen una verdadera novedad y porque interesa hacer resaltar las diferencias entre las reglas que con referencia á esta institución establecen ambos Códigos.

Ordena el art. 701 que durante los primeros seis meses la donación se presume aceptada si no lo fué expresamente; vencido este término, cesa la presunción legal, y en lo sucesivo puede el donante revocar la donación que no haya sido expresamente aceptada.

Muerto el donante dentro de los seis meses prefijados en el art. 701, se observará en su disposición testamentaria, ó la que hubiere hecho en cualquier otro instrumento público, sobre si ha de quedar subsistente ó revocada la donación vencido dicho término sin aceptación expresa (art. 702).

Las facultades del donante no pasan á sus herederos (artículo 703).

Estén ó no vencidos los primeros seis meses de una donación que no ha sido aceptada, si muere el donante sin haberla revocado durante su vida ni en cláusula testamentaria, podrá aceptarla el donatario que le sobreviva, dentro de los términos señalados para la aceptación de la herencia; vencidos estos términos, caduca la donación no aceptada (artículo 704).

La facultad de aceptar la donación no pasa sino á los herederos forzosos del donatario, y sólo cuando éste haya muerto dentro de los seis meses de la donación (artículo 705).

Los herederos forzosos del donatario que adquieren la facultad de aceptar la donación, la ejercerán dentro de los términos señalados para la aceptación, so pena de perderla

ó de caducar la donación por el transcurso de dichos términos (art. 706).

Caduca la donación si el donante y el donatario mueren pasados los seis meses desde que fué hecha sin haberla aceptado el segundo, aunque el primero no la hubiese revocado.

Forma de hacer las donaciones.—Pueden hacerse las donaciones entre presentes y ausentes, directamente ó por apoderado, en escritura pública ó privada, y aun por medio de carta (art. 714).

Sin embargo, no es válida la donación que, excediendo de 500 pesos, no se formalice por escritura pública (art. 715).

La donación de cosas inmuebles requiere la especificación y tasación (art. 713).

Según se observa por la exposición de los anteriores preceptos, existen bastantes diferencias respecto de los que el Código patrio establece, siendo la más importante la de que nada dispone el de Guatemala, para la donación de bienes inmuebles, en tanto que el nuestro exige que se haga en escritura pública y con ciertos requisitos. En cambio, aquél establece esta exigencia para las donaciones que excedan de 500 pesos, sin distinción de que consistan en bienes muebles ó inmuebles.

Efectos y limitación de las donaciones.—De acuerdo con el Código patrio, dispone el de Guatemala en su art. 708 que no pueden ser objeto de donación sino los bienes poseídos por el donante, siendo nula la que se haga sobre bienes ó derechos futuros.

Por lo que respecta á las limitaciones que los artículos 634 y 636 de nuestro Código establecen, se observan algunas perceptibles diferencias en el de Guatemala. Dispone éste que teniendo descendientes se puede donar hasta la sexta parte de los bienes; el que solo tiene ascendientes hasta la cuarta parte, y el que no tiene ascendientes ni descendientes la tercera (art. 711), siendo nulas las donaciones hechas

contra tales reglas en cuanto al exceso. Este exceso no se presume mientras no se pruebe lo contrario (art. 712).

Los artículos 637 al 643 del Código español no tienen concordante ni equivalente en el que es objeto de nuestro estudio.

Encontramos, en cambio, en este Código otros preceptos que en el patrio no se consignan y que expondremos brevemente. Son los siguientes:

El donatario puede exigir judicialmente del donante la entrega de la cosa donada (art. 723).

El donante que haya desmejorado de fortuna sólo puede eximirse de entregar la cosa donada en la parte necesaria para sus alimentos (art. 724).

Los frutos de la cosa donada pertenecen al donatario después de la aceptación (art. 725).

Si se dona algo bajo condición ó desde día cierto, no se puede pedir la cosa donada, ni hay derecho á los frutos, sino cuando esté cumplida la condición ó haya llegado el día (artículo 726).

Si el donatario recibe la cosa antes de cumplida la condición, el donante ó sus herederos pueden recuperarla hasta que la condición se verifique (art. 726).

Si se dona algo hasta cierto día, debe el donatario devolver la cosa llegado el día (art. 728).

Estos preceptos constituyen en realidad un exceso de legislación, y muchos de ellos pueden juzgarse con razón innecesarios, porque no son sino corolarios de los que les preceden.

Revocación y reducción de las donaciones.—Copia literal del art. 729 del Código de Guatemala es el 644 del patrio, que establece la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos y los dos casos en que tiene lugar; pero esta perfecta coincidencia de ambos Códigos acaba en el artículo siguiente, que el nuestro dedica á dictar reglas para la restitución de los bienes donados, y el de Guatemala á prescribir

que no queda revocada la donación por el solo hecho de sobrevenir hijos cuando el valor de la cosa donada no excede de la sexta parte de los bienes que tuvo el donante al hacer la donación, añadiendo además que es necesario que éste la declare revocada; diferencia esencialísima entre ambos Códigos, ya que el que comparamos viene á establecer una restricción al precepto absoluto que en el artículo anterior contiene, restricción que el Codigo español no admite.

Nada dice el Código guatemalteco respecto á la duración de la acción para pedir que se revoque la donación por superveniencia de hijos, ni consigna si es transmisible ó no á los herederos.

Tampoco reconoce la revocación de las donaciones por dejar de cumplir el donatario alguna de las condiciones que el donante le impuso.

La revocación por causa de ingratitud tiene lugar, según el Código de Guatemala, en los casos siguientes:

1.° Por atentar contra la vida del donante, ó por acusarle ó denunciarle de algún delito. Se exceptúa el caso de acusación ó denuncia en causa propia, ó de su cónyuge, ó de sus ascendientes ó descendientes.

2.° Por causar maliciosamente al donante la pérdida de más de la tercera parte de sus bienes.

3.° Por seducir á la mujer, hija ó nieta del donante.

4.° Por infamar ó injuriar gravemente al donante, sus padres, cónyuge ó hijos (art. 732).

Estas causas vienen á ser en su substancia las mismas que nuestro Código consigna; pero como hay diferencias cuando menos de excepción ó redacción, hemos preferido transcribirlas para que se aprecien mejor comparativamente.

Un caso de revocación *ipso jure* señala el Código que comparamos, caso que el nuestro no consigna expresamente; es á saber: cuando el donatario cause voluntariamente la muerte del donante (art. 739).

De acuerdo se hallan los dos Códigos en considerar subsistentes las enajenaciones hechas antes de que se revoque la donación, pero reservando al donante ó sus herederos el derecho de exigir del donatario el valor de los bienes enajenados.

En cuanto á los frutos, dispone el Código que comparamos que pertenecen al donante en caso de ingratitud desde que se verifique la revocación, y en las revocaciones, *ipso jure* desde que se pida en juicio la devolución de la cosa donada. El tercer poseedor que sea responsable de la cosa donada, lo será de los frutos desde que es demandado.

La facultad concedida al donante para revocar la donación es irrenunciable, no pasa á los herederos, y si es por causa de ingratitud, dura un año, desde que tuvo conocimiento del hecho, el donante.

Otras disposiciones añade el Código de Guatemala que limitan este derecho y que no consigna el español, á saber: No produce efecto alguno la revocación por ingratitud si dentro de sesenta días después de hecha por el donante no se notifica al donatario ó sus herederos (art. 735).

El donatario ó sus herederos pueden contradecir las causas de la revocación para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas (art. 736).

Quedará consumada la revocación que no fuese contradicha dentro de sesenta días después de notificada al donatario ó á sus herederos (art. 737).

Las donaciones que tienen por objeto el matrimonio, las remuneratorias y todas las que se hacen á título oneroso no son revocables por causa de ingratitud (art. 738).

Respecto á la reducción de las donaciones nada establece el Código de Guatemala, aparte del precepto general que declara inoficiosas y nulas en cuanto al exceso las que pasen del límite que les fija el art. 711, ya examinado.

Termina el tratado de las donaciones el Código de Guatemala ocupándose de las causas de nulidad y declarando que son nulas:

1.° Las que se otorguen entre el marido y la mujer durante el matrimonio.

2.° Las de inmuebles á favor de manos muertas.

3.° Las que se hagan á los confesores ó sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado, ó afines dentro del segundo, á no ser que sean parientes del donante dentro del cuarto grado ó afines en segundo.

4.° Las hechas en fraude de la legítima de los descendientes.

5.° Las hechas en fraude de acreedores.

MÉJICO

DE LOS BIENES MOSTRENCOS

Capítulo IV.—Tít. II.—Libro II.—Artículos 807 á 826.

De la apropiación de los animales: Capítulo II, tít. III, libro II, artículos 833 á 853.—De los tesoros: Capítulo III, artículos 854 á 866.

Sigue el Código de Méjico un plan completamente distinto del Código patrio en lo referente á los modos de adquirir la propiedad, hasta el punto de que no contiene aquel Código precepto alguno que declare expresamente cuáles sean aquellos modos; tampoco menciona la ocupación como modo de adquirir la propiedad, y únicamente se ocupa en el capítulo que dedica á los bienes mostrencos, de las cosas perdidas ó abandonadas, y en el tít. III del libro II, que trata de la propiedad, de la apropiación de los animales, ó sea el derecho de caza y pesca, y de los tesoros, que vienen á constituir los medios de adquirir por ocupación reconocidos por nuestro Código.

Siguiendo el orden á que este último se plega, observamos en primer término que el derecho de caza y pesca se halla regulado por el Código mejicano á semejanza de nues-

tras leyes especiales. No hemos, por consiguiente, de detenernos á examinarlas, porque en realidad no constituyen el objeto de estos estudios.

En cuanto á las abejas contiene los mismos preceptos que el Código patrio, y respecto á los animales domésticos les aplica las disposiciones relativas á los bienes mostrencos, ó sea á las cosas perdidas ó abandonadas que á continuación comparamos.

Los derechos que pertenecen al que descubre un tesoro ya fueron examinados en el tomo VI de esta obra, y por eso excusamos su repetición.

Muy minucioso es el Código que estamos examinando al dictar reglas respecto del hallazgo de cosas perdidas ó abandonadas, y como estas reglas se apartan bastante en sus detalles de las que contiene el Código patrio, las expondremos, siquiera sea sucintamente.

El que hallare una cosa perdida ó abandonada deberá entregarla dentro de veinticuatro horas á la autoridad política ó municipal del lugar, ó á la más cercana si el hallazgo se verificó en despoblado (art. 808).

La autoridad dispondrá desde luego que la cosa hallada se tase por Peritos y la depositará en el Montepío ó en poder de persona segura, exigiendo formal y circunstanciado recibo (art. 809).

Si el valor de la cosa no pasare de diez pesos, se fijarán avisos en los lugares públicos y se insertarán en los principales periódicos tres veces durante un mes (art. 810).

Si el valor de la cosa pasare de diez pesos y no llegare á cincuenta, los avisos se fijarán y publicarán cuatro veces durante dos meses (art. 811).

Si el valor fuere de cincuenta á cien pesos, los avisos se fijarán y publicarán seis veces durante tres meses (art. 812).

Si el valor pasare de cien pesos, los avisos se fijarán y publicarán ocho veces durante seis meses (art. 813).

Si la cosa hallada fuera de las que no pueden conser-

varse, la autoridad dispondrá desde luego su venta y mandará depositar su precio (art. 814).

Si fuere algún animal cuyo precio no llegue á cincuenta pesos, la venta se verificará al fin del primer mes; si no llega á cien pesos, se hará á los dos meses, y si pasa de cien pesos, la venta se hará á los tres meses, depositándose su valor en todo caso (art. 815).

Si durante los plazos designados se presentare alguno reclamando la cosa, la autoridad política remitirá todos los datos del caso al Juez de primera instancia, ante quien el reclamante probará su acción, con audiencia del Ministerio público (art. 816).

Si el reclamante es declarado dueño, se le entregará la cosa ó su precio con deducción de los gastos (art. 817).

Si no es declarado dueño, ó si pasados los plazos citados nadie reclama la propiedad de la cosa, ésta se vénderá, dándose una cuarta parte al que la halló, y destinándose el resto al Establecimiento de Beneficencia que designe el Gobierno (art. 818).

Aun cuando por alguna circunstancia especial fuere necesaria, á juicio del Gobierno, la conservación de la cosa, el que halló ésta recibirá la cuarta parte del precio (art. 819).

Refiérese también el Código de Méjico al abandono de cosas inmuebles, caso no previsto por nuestro Código, y sobre el que dicta las reglas siguientes, que transcribimos como constitutivas de una novedad no introducida en el derecho patrio.

El que tenga noticia de hallarse abandonada alguna cosa inmueble y quiera adquirir la parte que conforme á la ley le corresponda, deberá hacer la denuncia ante la Autoridad política del lugar donde aquélla esté situada, en cuyo caso se observarán las disposiciones anteriormente expuestas y el denunciante recibirá la cuarta parte del precio, siendo gratuítas todas las diligencias que la Autoridad practique en estos casos (artículos 820 al 822).

El dueño, y en su caso la Hacienda pública, pagarán los honorarios de los Peritos, la inserción de los avisos en los periódicos, la manutención de los animales, el sueldo del depositario de cosas inmuebles y los demás gastos que sean necesarios para la conservación de la cosa y los que puedan causarse en las cuestiones judiciales (art. 823).

Todas las ventas se harán en almoneda pública (art. 824).

La ocupación de las embarcaciones, de su carga y de los objetos que el mar arroja á las playas ó que se recojan en alta mar, rígese en Méjico por el Código de Comercio.

DE LAS DONACIONES

Libro III.—Tít. XV.—Artículos 2.712 á 2.784.

Capítulo I: De las donaciones en general (artículos 2.712 á 2.745).—Cap. II: De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones (artículos 2.746 á 2.751).—Cap. III: De la revocación y reducción de las donaciones (artículos 2.752 á 2.784).

Es indudable de todo punto que el Código español se ha inspirado en el de Méjico al desarrollar la institución de las donaciones, porque es tal la semejanza entre las reglas que uno y otro dictan en esta materia, que la mayoría de los artículos del Código patrio son fidelísima copia de los de la República mejicana.

Por esta razón, no vamos á detenernos en comparaciones prolijas, inútiles de todo en todo, sino que por esta vez nos limitaremos á señalar las escasas diferencias que entre ambos Códigos existen.

Es la primera que observamos en cuanto á la forma de las donaciones, la de que el Código de nuestro estudio, reconociendo como reconoce la donación verbal y la escrita, limita la primera para cuando el valor de las cosas donadas no exceda de 300 pesos.

Es la segunda referente á la extensión de las donaciones con respecto al que no tiene herederos forzosos, y consiste

en que dicho donante debe reservarse la tercera parte de sus bienes.

Otra de las diferencias se refiere á la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos; al tenor del Código mejicano, esta revocación no tiene lugar en tres casos: 1.° Siendo la donación menor de 300 pesos. 2.° Siendo antenupcial. Y 3.° Siendo hecha á alguno de los consortes durante el matrimonio.

Y, por último, también se diferencian ambos Códigos en cuanto al plazo que fijan para el ejercicio de la acción de revocación de las donaciones por superveniencia de hijos.

En tanto que nuestro Código preceptúa que prescribe á los cinco años, el de Méjico extiende el término hasta veinte.

En lo demás, se hallan en absoluto de acuerdo los dos Códigos.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

INTRODUCCIÓN

En el proceso de esta larga peregrinación que voluntariamente nos hemos impuesto á través de los cuatro libros de esa contrahecha y desordenada biblia de nuestro Código civil, llegamos á la portada del libro tercero, á cuyo frente encontramos inscripto el siguiente lema: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad.*

Prescindiendo de si el concepto hállase expresado correctamente dentro de la más pura nomenclatura jurídica, es lo cierto que el pensamiento construye, por la sola enunciación de la idea, este ó parecido raciocinio. Desarrollado el concepto de persona, individual y socialmente considerada; desenvueltas las instituciones en las cuales el sujeto de derecho figura como núcleo, actor y árbitro en sus relaciones indivi-

duales y familiares, ya en la fase de atracción (matrimonio), ya en la de imperio (patria potestad), ya en la de protección (tutela), ya en la de libertad (emancipación), y, finalmente, en esa fase del estado incierto de la persona y de su aniquilamiento natural (ausencia, muerte). Desarrollado asimismo el concepto de cosa, en su abstracción y en cuanto constituye el objeto del derecho de propiedad, considerado integralmente y en sus desmembraciones, como otros tantos derechos reales, debió pensar sin duda el legislador de nuestro país, al llegar al tercer libro, en que, nada más pertinente y racional para formar el contenido de este último, como reflejar en sus títulos y capítulos los modos diferentes por los cuales y mediante la relación del sujeto de derecho sobre la cosa susceptible de propiedad, se adquiere y transmite ésta. Para ello, por otra parte, no había necesidad de torturar el pensamiento con la construcción de un plan meditado, y sobre todo, conforme á las exigencias científicas de nuestros días. Bastaba con inspirarse en el Código napoleónico, en el de Italia, y aun sin salir de nuestro país, en el proyecto de 1851.

Hasta aquí el raciocinio de cualquier lector que hojee el Código hasta la portada, ó mejor dicho, lema del libro III, es, si no rigorosamente jurídico, dentro de un buen método de investigación, por lo menos lógico y ceñido á las tradiciones de los juristas romanos y á las de los primeros Cuerpos legales que se publicaron cuando comenzó á alborear la idea, luego tan difundida, de codificar el derecho, disecándolo en declaraciones preceptivas, permisivas y prohibitivas, escuetas y descarnadas de todo razonamiento.

No se puede desconocer que aceptando los hechos

tal cual el Código los revela, el lema del libro tercero, si no responde con exactitud á la idea de desenvolver y reflejar las múltiples relaciones que el sujeto de derecho puede crear, actuando sobre el objeto para adquirirlo, transmitirlo ó utilizarlo, deja vislumbrar el criterio del legislador. Pero es éste tan inconstante y tornadizo, que no basta juzgar y discurrir, siquiera con un poco de sindéresis. Si se pretende coincidir con el brumoso pensamiento de los constructores del Código, hay en algunas ocasiones que recurrir á los misterios de la cábala, porque sólo por virtud del ocultismo es factible llegar á descubrir la causa ignorada que escapa á la más racional previsión.

Y no se tome en son de crítica disciplinante y un tanto burlona lo que no es sino una observación tan amarga como exacta. Varias veces le hemos oído á un distinguido escritor y Catedrático, autor de una obra notabilísima recientemente publicada sobre el Código civil y su revisión, la especie, ni exagerada ni despectiva, de que el Código está muy por bajo de la cultura jurídica de nuestro país. Y si algún recelo sobre la exactitud de la versión pudiera mantenerse, lo disiparía un ligero examen del lema y de la disposición preliminar del libro III.

En la mente de los legisladores debieron bullir con ímpetu de remolino las más opuestas influencias. Por esto, sin duda, producida la confusión de ideas, no acertaron aquéllos á dar unidad á su pensamiento. De un lado las sugestiones de los Códigos francés é italiano, y asimismo del proyecto de 1851, calcado en el modelo que el primero ofrecía, debieron resolverles á aceptar como tipo diferencial del tercer libro del Código

el de los diferentes modos de adquirir y transmitir el dominio. Pero acaso nuestros civilistas, más reflexivos que los Consejeros del Estado francés, reunidos bajo la presidencia de Napoleón, vislumbraran que si bien las instituciones jurídicas que regulan la adquisición y transmisión de los bienes pueden y son de hecho en la mayor parte de los Códigos como jalón divisorio en la exposición de la cada vez más vasta materia civil, no todos los contratos se proponen directamente la adquisición, y por ende transmisión de las cosas corporales é incorporales, sino que muchos de ellos tienen por fin primordial regular la utilidad que esas mismas cosas, derechos, y á veces las personas pueden proporcionar, v. gr., el arrendamiento, bien recaiga sobre bienes ó servicios personales, el mandato, el préstamo mutuo, la sociedad en sus diversas fases de singular y universal de todos los bienes ó ganancias. Y no sólo esto; la extensa doctrina de las obligaciones, como contenido de los contratos; las reglas que determinan y concretan estos últimos en su copiosa variedad, todo ello, en cuanto forma materia peculiar de una recopilación civil, debió presentarse á los legistas encargados de codificar, reclamando un lugar de preferencia en la división del Código, cuanto que, á mayor abundamiento, aun aquellos Cuerpos legales que se apartan de la antigua división del derecho privado, seguida por los juristas romanos en personas, cosas y acciones, como, v. gr., el Código portugués, consagra especialmente el libro II (De los derechos que se adquieren por hecho y voluntad propio y de otro conjuntamente) á tratar de los contratos y obligaciones en general y de los contratos en particular.

Dividir la materia contractual llevando al libro III los contratos cuyo fin próximo es la adquisición y transmisión de las cosas y derechos, v. gr., la compraventa, la permuta, la renta vitalicia, los censos, etc., y conservar para la construcción de un libro con área propia, el desenvolvimiento jurídico de las obligaciones y de los contratos en general, y de éstos mismos en particular en cuanto se individualizan y encarnan en una forma con fisonomía y nombre propio, parecióle sin duda al legislador español grave pecado de fractura, y vacilante y sin rumbo fijo, obscurecida su visión por el torbellino de tantas ideas contrapuestas y antagónicas, cortó por lo sano, no caminando con paso mesurado por la carretera ya trazada por otros Códigos que, como el de Guatemala, Chile, Méjico, y aun los mismos de Francia, Bélgica é Italia, se inspiraron con más ó menos variantes en la antigua pauta de personas, cosas y obligaciones, sino echando por el atajo, merced á un arbitrismo jurídico insoportable que principia por hacer mangas y capirotes del significado y valor que en todo plan racional presupone el *libro* como término de división.

Sabido es que los Códigos francés é italiano, así como el proyecto de 1851, cimiento del Código actual, dividieron toda la materia civil en tres libros, y en el último, con manifiesta incorrección, pero con más lógica que los legisladores de nuestro país, bajo el título *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (Código Napoleón), ó *De las formas de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos sobre las cosas* (Código italiano), abarcaron tanto los modos adquisitivos *mortis causa* (sucesiones), como los *intervivos* (contratos), ex-

poniendo estos últimos, no tan sólo en las líneas amplias y generalísimas de las obligaciones, sino en cada una de las diversas formas contractuales que para adquirir, transmitir ó disfrutar de los bienes, reconoce el derecho.

Pero el Código civil español pretendía por lo visto ganar fama, más que de original, de excéntrico, y sus autores discurrieron la novedad de convertir en caprichoso el término de división *libro*, y aun más, en bautizarle con un nombre y no comprender dentro de él lo que el nombre expresa.

El libro tercero enuncia su contenido con las siguientes palabras traducidas del encabezamiento de igual libro del Código Napoleón: *De los diferentes modos de adquirir la propiedad.* A renglón seguido, y como por vía de disposición preliminar, heraldo pregonero de la materia que le es propia, aparece escrito el art. 609, declarando »La propiedad se adquiere por la ocupación.» »La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por la donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. También pueden adquirirse por medio de la prescripción.»

Discurriendo con lógica, hay derecho para afirmar que si el libro III del Código hubiese de concordar con su enunciado preliminar, debiera comprender, no sólo la teoría de la ocupación como causa originaria de la adquisición del dominio, sino también la doctrina de las sucesiones, la de los contratos adquisitivos y transmisivos y, finalmente, toda la materia interesantísima de la prescripción.

¿Procede por ventura el Código de esta manera? No, ciertamente; *ergo* es ilógico y anómalo; tachas ambas las más acerbas que cabe dirigir contra un cuerpo legal. Trata, sí, de la ocupación, considerándola, más que como un modo adquisitivo, originario, que recoge y justifica el esfuerzo meramente natural en la aprehensión física, como un modo estrictamente jurídico, creación del derecho y que sólo se refleja como modo natural en el reconocimiento del acto de aprehender la cosa objeto de la ocupación.

La prueba más plena ofrécela el mismo título I del libro en cuyo estudio vamos á penetrar. Si la ocupación, tal como hoy la concebimos, no fuese una mera creación del derecho, no estaría circunscrita á los bienes muebles, ni comprendería en su campo la restitución de las cosas muebles perdidas. La ocupación, allá en su germen histórico, podrá, qué duda cabe, reflejar instituciones primitivas de pueblos no avezados aún á caminar por las sendas convencionales del derecho escrito; pero tal como la recogen los Códigos, después de sufrir amputaciones, exigidas acaso por las condiciones sociales y económicas de los pueblos modernos, es indudable que la ocupación es un producto artificial del derecho, al modo de tantas otras instituciones amparadas por el Código. Trata también el tít. I que someramente examinamos, de la ley, mas no en el sentido amplísimo de ordenación, de precepto, de continente, llamémosla así, de las instituciones del derecho civil, sino en el concepto restricto de institución, de modo adquisitivo.

Materia peculiar del libro III es asimismo la donación, y, por último, al concluir de exponer la extensa

doctrina de la sucesión testada y de la intestada, aparece cortado de repente el libro, cual si ya no hubiera otros modos de adquirir que estudiar y desenvolver. Esos *ciertos contratos* por virtud de los cuales y *mediante la tradición* (palabras textuales del art. 609), se adquiere y transmite la propiedad; *la prescripción,* modo también adquisitivo al tenor del mismo artículo, llévalos el legislador al libro IV, contradiciendo su propio pensamiento y dando muy triste idea de su seriedad y fijeza. Porque si la donación es un contrato, ¿qué razón oculta hay para estudiarla en el libro III, y no en el IV, con los demás contratos adquisitivos y transmisivos? Y si ha habido algún motivo recóndito y sutilísimo, que sin duda escapa á nuestra investigación, para ingertar la donación en el libro III, ¿por qué no han ido á hacerle compañía los demás contratos por los cuales la propiedad se logra? ¿Hay quien pueda desenmarañar esta madeja de ideas contrapuestas que se cruzan y entrelazan sin orden ni concierto? Pues todavía cobra mayor dificultad el problema si se tiene en cuenta que, según la base 20 de la ley de 11 de Mayo de 1888, los contratos, como fuente de las obligaciones, habían de ser considerados como meros títulos de adquisición en cuanto su objeto fuese la traslación del dominio ó de cualquier otro derecho á él semejante. ¿No están indicando estas palabras de la base, que en punto al plan general del Código, no debieron los individuos de la Comisión guiarse por otras normas que por las indicadas por el proyecto de 1851, calcado en el Código napoleónico? De no ser así, ¿á qué prevenir con especialidad que los contratos fuesen considerados como meros títulos de adquirir? ¿Quién descifra el enigma?

¿Hay alguien, repetimos, que pueda dar una racional explicación de la conducta seguida por los confeccionadores del Código?

*
* *

Dejando ya á un lado lo que atañe á la defectuosísima construcción del libro III, observaremos que éste se divide en tres títulos. El primero trata, según hemos dicho, de la ocupación, como modo adquisitivo originario, mas no de la *occupatio* en el sentido de aprehensión de aquellas cosas muebles ó raíces que no pertenecen á nadie, *res nullius*, sino tan solamente de las cosas muebles apropiables por su naturaleza que carecen de dueño. Para cercenar del vasto imperio de la ocupación, considerada como institución de derecho escrito, las cosas inmuebles ó raíces, se parte de la ficción de que todos los bienes de este linaje que carecen de dueño, pertenecen al Estado por virtud de ese dominio eminente tan discutido, que no es en nuestros días sino un reflejo de la soberanía popular, lícita y justificada en cuanto no pudiendo ser adjudicado á todos el bien *nullius* ó vacante, se le asigna al dominio del Estado como representación legítima de la masa que constituye la Nación.

Estudiada la ocupación desde este punto de vista, adquiérese más y más el convencimiento de que, desenvuelta en la forma que nuestro Código civil lo ha hecho, no pasa de ser, como antes hemos dicho, un producto artificial, no una institución cuyo entronque se descubre en la naturaleza de las cosas. ¿Qué razón diferencial de esencia puede alegarse para seccionar del campo propio de la ocupación, estimada ya como insti-

tución del derecho civil, las cosas raíces? Ninguna, porque el argumento que se invoca en nombre de la estabilidad y fijeza de las cosas inmuebles, y la mayor apropiabilidad de las muebles, es un argumento de ocasión impuesto por las condiciones del medio social en que nos desarrollamos.

¿Acaso las cosas inmuebles por su naturaleza, no son susceptibles de ocupación? ¿Es que el dominio eminente del Estado no se extiende á las cosas muebles? ¿Por ventura las herencias vacantes y los buques náufragos en las costas del Reino, y los frutos, alhajas y demás que en ellos se encontrare, no pertenecen al Estado según la conocida ley de mostrencos? Como legislación especial de la materia, ¿no ha quedado vigente esta ley á virtud de lo preceptuado en el art. 617 del Código?

Con relación á este punto concreto del derecho civil, fueron más lógicos los jurisconsultos que redactaron el Código Napoleón y el proyecto de 1851, porque prescindieron de definir y desarrollar la *occupatio* como institución jurídica. Según el art. 539 del Código francés, todos los bienes vacantes y sin dueño y los de las personas que mueran sin herederos ó cuyas herencias se abandonen, pertenecen al dominio público. Y recalcando más la doctrina y condensándola en una declaración dogmática, el art. 713 declara que los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado. Si la ocupación como modo de adquirir presupone necesariamente la existencia de bienes apropiables, muebles ó inmuebles, que carezcan de dueño, es llano que cuando se comienza por proclamar de un modo absoluto el *dominium eminens* del Estado, y por consiguiente, que es

un mito la posibilidad de un bien sin dueño, se destruye la única base sobre la cual la ocupación se asienta. Por esto el tribuno Simeón, en la sesión de 29 de Germinal, año II, decía con mucha lucidez en el discurso, aunque con error en la teoría filosófica, sobre el origen de la propiedad: «Si la ocupación fué el modo de adquirir más natural y por ende el primitivo, hoy no podría reconocerse en nuestro estado social. La ocupación no es más que un hecho que cesa con la detentación de las cosas. Si otro puede ocupar lo que yo ocupé y abandoné, preciso es regular, convertir en derecho este hecho, que de otro modo se convertiría en fuente de disensiones y querellas, algunas veces sangrientas. La ocupación de un inmueble sin otro título, no será un modo de adquirir. En cuanto á las cosas muebles, aunque por su naturaleza sean en el presente estado social susceptibles de ocupación y de posesión continuada, la sociedad ha debido regular la manera como se las debe adquirir. El estado social no permite que la caza, la pesca, los tesoros, los efectos que el mar arroja, las cosas perdidas, sean, como en el estado natural, del primer ocupante. El uso de las facultades naturales, los favores del azar, las ventajas de la prioridad no pueden coexistir ni estar en contradicción con una propiedad preexistente y fundada en el derecho.»

Y lo que á los legisladores franceses, imbuídos en las doctrinas filosóficas que precedieron á la Revolución, sucedióles, les ocurrió á nuestros civilistas del proyecto de 1851, mirando ya la cuestión desde el campo del derecho legislado. Encontráronse con que la ley de 16 de Mayo de 1835, comúnmente llamada de mostrencos, decía en su art. 1.°: «Corresponden al Estado

los bienes semovientes muebles é inmuebles, derechos y prestaciones que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ó Corporación alguna»; y discurrieron del siguiente modo: Si según el derecho vigente todo bien mueble, inmueble ó semoviente, vacante ó sin dueño conocido, corresponde al Estado, ¿cómo ha de ser posible la ocupación individual, si el Estado, *quia nominor leo*, se atribuye el dominio de todo lo mostrenco, que es la base jurídica de la *occupatio* como institución de derecho? Y fueron estrictamente lógicos al prescindir por completo de la ocupación ó apropiación, según con más rigor científico la denomina el proyecto germánico.

Cuando se formó el proyecto de Código civil de 1882, subsistía la misma base, toda vez que continuaba vigente la ley de mostrencos. Sin embargo, la idea de que la ocupación debía ser considerada como un modo civil de adquirir, aunque restringida á las cosas muebles, había ido poco á poco socavando la ficción contenida en el art. 1.° de la ley de Mayo de 1835. La realidad abríase paso poco á poco, labrando su aposento en el futuro Código. Los legisladores comprendían que si la concepción más pura de la *occupatio* como institución jurídica primaria (en el sentido de que la relación del sujeto con la cosa es la que más se aproxima, si no se identifica por completo con las enseñanzas de la naturaleza), se truncaba al anular la posibilidad de ocupación de las cosas raíces, en homenaje al dominio eminente del Estado, si la lógica también padecía, restringiendo la virtualidad y alcance de ese *dominium eminens* á los bienes raíces por su estabilidad, á los buques náufragos y objetos muebles que en ellos se encontra-

ren, por la vigilancia de las costas, visibilidad de la nave é intervención de la autoridad, y á las herencias sin derecho-habiente por los buenos oficios de la acción judicial, en cambio, salía ganancioso el derecho positivo, toda vez que, basándose en la realidad y no en una ficción, venía á regular la apropiación de todas aquellas cosas muebles, que por mucha que sea la diligencia del Poder público, aunque el Estado tuviese los cien ojos de Argos, habían de quedar necesariamente sometidas al dominio individual, tan sólo por el acto de la ocupación. La caza, la pesca, la aprehensión de los enjambres de abejas que abandonan su colmena tornándose *nullius,* la ocupación de las cosas muebles abandonadas, la de las cosas perdidas, cuando por prescripción del derecho de reclamarlas se presume que fueron también abandonadas y se convierten en propiedad exclusiva del primero que las encontró; el descubrimiento y apropiación de los tesoros, todos estos hechos que en la vida de relación se producen á cada momento, habían de ser determinados jurídicamente y regulados, no con el rasero de ese *dominium eminens,* más imaginario que real cuando se pretende extenderlo sobre cosas cuya posibilidad de ocultación está en razón directa de su traslativilidad y movimiento, sino con ese otro criterio, más práctico, más positivo, más viable, que consiste en reflejar en la ley los hechos de los hombres, tal cual la realidad la muestra en consonancia con la naturaleza de las cosas. Cierto que con este proceder acomodaticio y convencional, los legisladores desnaturalizan la *occupatio,* destruyendo la unidad de objeto de la misma (las cosas *nullius,* muebles ó raíces) y haciéndola girar sobre un eje desviado de su

centro; pero hay que confesar que éste es el único medio lícito de retener para el Estado el dominio de los bienes raíces *nullius,* y de conservar para el dominio del primer ocupante los animales objeto de la caza y pesca, los tesoros y las cosas muebles abandonadas. Por esto ya el proyecto de 1882 recogió y consagró entre las instituciones adquisitivas del dominio, la ocupación; y por esto también la base 14 del Código vigente ordenó que se definiese la ocupación como uno de los medios de adquirir, regulando los derechos sobre los animales domésticos, hallazgo casual del tesoro, apropiación de las cosas muebles abandonadas, y complementando la institución con la referencia á las leyes de caza y pesca que habían de quedar vigentes.

En resumen, nuestro Código, prescindiendo de los puritanismos del tribuno Simeón, de Treilhard, que al igual de Simeón y en pugna con Pothier, estimaba que el derecho del primer ocupante es inadmisible en una sociedad organizada, y de otros juristas, acepta la ocupación como modo de adquirir, pensando, sin duda, que en tal concepto no puede menos de estar regida por los principios del orden civil, siquiera el imperio de disposiciones administrativas le cercene la parte más extensa y saneada de su campo, y considerando tal vez, como dice el distinguido civilista Sr. Falcón, que hay tanta ó mayor necesidad de que la ley civil defina y ampare á la ocupación, cuanto mayor es la desconfianza que inspira el Poder administrativo por la tendencia avasalladora que de ordinario acompaña á su acción.

Dada carta de naturaleza á la *occupatio,* como institución del derecho civil, debió el legislador patrio proceder con algún más esmero, deslindando escrupu-

losamente el campo propio de aquélla. Como expresa con acierto el art. 2.528 del Código de la República Argentina, no son susceptibles de ocupación las cosas inmuebles, los animales domésticos ó domesticados, aunque huyan y se acojan en predios ajenos, las cosas perdidas, lo que sin voluntad de los dueños cae al mar ó á los ríos, las que se arrojan para salvar embarcaciones y los despojos de los naufragios. Las cosas inmuebles, porque, como dice el comentarista argentino Llerena, las que no tienen dueño pertenecen al Estado general ó á los Estados particulares, según la jurisdicción en que estén. Los animales domésticos, porque aun cuando se fuguen del predio donde se encuentren, no por eso se trueca su condición en *nullius*. Las cosas perdidas, porque la involuntariedad del perdidoso la ampara la ley con la acción reivindicatoria; y lo propio decimos de las cosas que sin voluntad caigan al mar ó á los ríos, y las que se arrojen para aligerar una nave en peligro de naufragio. A pesar del ejemplo instructivo del supradicho Código argentino, los autores del Código español incluyeron, en el título que de la ocupación trata, un texto por el cual se reconoce al propietario de animales amansados el derecho de reclamarlos en el término de veinte días, á contar desde su ocupación por otro, y desarrollaron con bastante amplitud la doctrina referente á la restitución de las cosas perdidas, premio del hallazgo y adjudicación de la cosa encontrada al inventor en el caso de que el dueño legítimo no se hubiere presentado á reclamarla.

* * *

El título II del libro III cuyo estudio y comentario vamos á principiar, hállase consagrado al desenvolvimiento jurídico de la donación.

Entre los contratos denominados por algunos autores, de beneficencia, que son, como dice Troplong, aquellos por los cuales se contraen obligaciones con el propósito de servir á otro, ocupa la donación el lugar más preeminente; es, como si dijéramos, el primogénito. El mandato y el depósito son también contratos gratuítos; se presta un servicio, se proporciona una utilidad sin que en dichas prestaciones medie, por lo menos directamente, interés ó aliciente alguno económico. Acaso tras el servicio se oculte alguna mira codiciosa, alguna perspectiva de lucro, pero en el derecho no se puede juzgar por las intenciones para lo futuro, sino por las realidades del presente.

La donación es el contrato por excelencia de entre los de pura liberalidad. Por él se desprende el hombre en beneficio de su semejante de aquello por lo que siente más afección, sus propios bienes. Si se nos permitiera la frase, diríamos que la donación es el contrato áureo, porque por ella se manifiesta el agradecimiento en la donación remuneratoria; ella es también la vestidura de la caridad y el socorro del humilde, el alivio del desheredado y el refugio y amparo del enfermo, vienen casi siempre por conducto de ese contrato que refleja la más noble virtud del hombre, el desprendimiento, el desinterés; por la donación se trasluce la amistad, en los presentes que con ocasiones solemnes cambian entre sí los amigos; la donación refleja la alegría jubilosa de las victorias, de los entusiasmos populares, de los acontecimientos que forman

época en la vida del hombre. Por eso cuando las almas se funden en la unidad del cariño, dónanse los esposos mutuamente testimonios materiales de su fe; y no hay suceso próspero de la vida individual ó de la social, en cuanto esta última se contrae á la colectividad Nación, que no se signifique y solemnice dando rienda suelta á la expansión de los sentimientos más íntimos mediante liberalidades sin tasa.

Mas al propio tiempo que la donación es, como antes hemos dicho, contrato áureo, por cuanto refleja en el derecho el desprendimiento que el hombre hace de sus bienes materiales en holocausto de la amistad, del agradecimiento, del anhelo caritativo que en todos late con mayor ó menor intensidad, puede convertirse en instrumento del fraude, cuando no de las pasiones. Lo mismo guía á la donación un sentimiento filantrópico como una aspiración viciosa: que es dura ley de este mundo la de que el bien y el mal se viertan por el mismo arcaduz. Y por esto los legisladores han de ser cautos en la permisión, porque, como decía Delauriere, las donaciones son de derecho estricto, perjudiciales á las familias, y por estos motivos no debe concedérseles demasiada extensión.

El legislador español ha desenvuelto la doctrina jurídica concerniente á las donaciones con toda la extensión requerida por la importancia de dicho contrato.

Principia definiendo la donación como un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta. Divídelas á renglón seguido en *inter vivos* y *mortis causa*, *onerosas* y *remuneratorias*, según se atienda al tiempo

en que han de producir sus efectos, ó á que la causa del contrato sea eminentemente gratuíta ó coexista la gratuidad con la imposición onerosa.

Nótese ya en este primer capítulo del título II, que en rapidísimo bosquejo examinamos, cómo adquiere capitalísima importancia el elemento de la aceptación. El legislador no sólo le invoca como complemento necesario de la definición, sino que dedica un artículo, el 623, para consagrar su necesidad. La donación se perfecciona, dice, desde que el donante conoce la aceptación del donatario, ó lo que es lo mismo, dicho en términos más exactos y científicos, la donación se perfecciona por la aceptación del donatario. De tiempos ya lejanos es el principio de que la liberalidad se frustra si aquel en cuyo provecho recae no la acepta. Por esto se lee en el *Digesto, L. 39, De donationibus: Non potest liberalitas nolenti acquiri.* Y por esto también Paulo, *regla 69, L. 50, Dig.*, exclama: *Invito beneficium non datur.* Ninguno recibe beneficio contra su voluntad. Y tanta fuerza y vigor ha tenido siempre esta regla de lógica jurídica, digámoslo así, que el texto de Paulo fué trasladado al *tit. XXXIV* de la *setena Partida, regla 24, «E aun dixeron que non puede ome dar beneficio á otro contra su voluntad».*

La aceptación de las donaciones en sus distintas fases trátala el capítulo segundo, expresando quiénes pueden aceptar por sí, quiénes por conducto de sus representantes legales, y en qué forma debe aquélla efectuarse. También se ocupa el mismo capítulo de las solemnidades instrumentales que deben concurrir en el otorgamiento y aceptación.

De los efectos y limitación de las donaciones ti-

túlase el capítulo II y en él se exponen y desarrollan las siguientes doctrinas:

a) La concerniente á lo que pudiéramos llamar tasa legal de las donaciones, en cuanto éstas no pueden exceder de lo que quepa dar ó recibir por testamento.

b) La relativa á la reversión en favor del donador.

c) La referente á la reserva de los bienes donados, toda vez que el donante puede, según el art. 639, reservarse la facultad de disponer durante su vida de algunos de aquellos bienes.

La nota más saliente de este capítulo, la que más le distancia de nuestro derecho histórico, es la tasa de la insinuación, que por lo menos servía para que la inoficiosidad de las donaciones fuese una realidad de presente y no una letra por vencer y cuyo vencimiento después de la muerte del donador ha de originar para su pago complicaciones y dificultades. Decimos esto porque, según el art. 654, aunque las donaciones sean inoficiosas y contra ley, por exceder de las cuotas fijadas en el art. 636, surtirán sus efectos durante la vida del donante, y sólo podrán pedir la reducción computando el valor líquido de los bienes del donador al tiempo de su muerte, los que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causa-habientes.

Siguiendo la corriente tradicional, que es también la aceptada por las legislaciones extranjeras, el Código patrio convierte la donación en un contrato excepcio-
-l, llamémosle así, porque no sólo es anulable y res-
idible, sino también revocable por la voluntad del
nador, mediante justa causa de ingratitud, y por su-
rveniencia de hijos.

La revocabilidad de las donaciones ha sido ya puesta en disputa por los jurisconsultos, y á este propósito Aguanno en su obra *La génesis y evolución del derecho civil*, dice: "El contrato de donación merece ser reformado, especialmente por lo que toca á la revocación de la misma. Puede discutirse si debe ó no abolirse la revocación de la donación por causa de ingratitud; pero creemos que debe prohibirse en todo caso la revocación cuando sobrevenga prole, porque se trata de un acto serio al cual no puede negársele toda eficacia jurídica cuando revista las formas legales. El que ha recibido una cosa por donación, tiene ya adquirido un derecho sobre dicha cosa, y debe poder disponer libremente de ella, sin pensar en que puede volvérsela á pedir aquel que se la había dado. Y no vale decir que siempre deben respetarse los derechos de terceras personas, y que, por otra parte, en caso de que sobrevengan hijos al donante, puede necesitar la cosa donada, porque á su vez el donatario, por causa de pérdidas financieras, puede tener una imprescindible necesidad de la cosa donada y quedar en la miseria si se le quita. Sólo en razón de las obligaciones que para con la propia familia tiene el individuo, es como puede admitirse la reducción de la donación; esto es, cuando en la época en que la donación se hizo excediese de la cuota disponible, porque las obligaciones que uno adquiere por el hecho del matrimonio y de la generación acompañan siempre al individuo, y no debe permitirse que éste prodigue su patrimonio entre los extraños, dejando á sus hijos en la miseria."

Tales son los conceptos que Aguanno expone, en los cuales, preciso es reconocer que se contiene

una depurada observación y una gran dosis de verdad.

La posibilidad de revocación de un contrato que confiere el dominio y con él la libre disposición de los bienes donados, puede generar, y de hecho generará, dificultades amarguísimas, si es que no tropieza con lo imposible de la restitución. Vale más, ó destruir esta facultad del donante, ó crear instituciones protectoras, que si bien es cierto servirían de escudo al derecho contingente de aquél, desnaturalizarían la donación, convirtiéndola de contrato transmisivo del dominio con todos sus elementos integrantes de substancia (facultad dispositiva del todo), uso y disfrute, en contrato por el cual se lograría el disfrute y el uso, pero quedando retenida la substancia en homenaje á un derecho problemático, cual el de la revocación por la superveniencia de prole.

La ingratitud depende de causas imputables al donatario, y es justo que purgue su culpa el ingrato, perdiendo lo que ganó por un acto de desprendimiento del donante, que le obligaba á rendir cierto vasallaje en correspondencia de ese como patronato espiritual que por la donación se crea. Pero, ¿acaso depende de la voluntad del donatario el nacimiento de un hijo al donante? Y cobra mayor relieve lo anómalo de esta causa revocatoria si se tiene en cuenta que por el núm. 1.° del artículo 644 basta el nacimiento de un hijo natural y que el padre lo reconozca para que pueda solicitarse y btenerse la revocación. Es decir, que el reconocimiento el hijo habido fuera de justas nupcias—lo cual supone n el donante viudez ó soltería, porque si fuera casado, hijo sería adulterino—, es causa bastante para des-

truir toda la relación jurídica de dominio producida por la donación. ¿No es esto irregular y extraño? ¿No es dejar en equilibrio inestable una transmisión de dominio plena? Ciertamente, porque no hay que olvidar que la superveniencia de hijos puede presumirse, y aun esperarse por el donatario, dentro de las justas nupcias del donante; pero no es posible preverla cuando el donador sea soltero ó viudo al tiempo de otorgar la donación, y permanezca en el mismo estado en la época en que el favorecido por la dádiva trate de enajenarla, ya á título gratuíto, ya onerosamente.

He ahí en brevísimo apunte cuanto el moderno Código expone acerca de esta institución, contrato áureo, como nosotros la hemos denominado, y de la cual decía el Rey Sabio en su quinta Partida que era como manera de gracia e de amor que usan los hombres entre sí, que es más cumplida e mejor que el emprestido y el condesijo *(depositum), porque el que empresta ó da lo suyo en condesijo, fázelo con intencion de cobrar todo lo suyo, mas el que da quítalo de sí del todo.*

«*De las sucesiones*» denomínase el tít. III del libro en cuyo análisis vamos á penetrar. Bajo este dictado dicho se está que se hallan comprendidas la sucesión testada y la intestada, consideradas ambas, no como instituciones fundamentales del actual régimen económico, con categoría propia para formar feudo aparte, al modo como figuran en el proyecto de Código germánico, ni tampoco estudiadas en su aspecto subjetivo, como derechos que se adquieren por los actos de otras

personas ó por el ministerio de la ley (Código lusitano), sino como modos transmisivos del dominio que por el hecho de la transmisión son á la vez para los sucesores modos adquisitivos. No nos hemos de detener en dilucidar un tema que, después de todo, es por completo indiferente, porque si la sucesión puede estudiarse como institución de derecho natural según unos, como creación de la ley según otros, como modo de adquirir y aun subjetivamente como derechos que se lógran por los actos de otras personas ó por la declaración de la ley, resultaría que nos detendríamos á investigar y poner en claro un tema, ó mejor dicho, un aspecto expositivo de las sucesiones, que en nada alteraría su substancia ya se resolviera en un sentido ó en otro.

Pero hemos afirmado antes que la sucesión es uno de los pilares más resistentes sobre los cuales descansa el actual régimen económico social. Los pueblos sienten el apego que es consiguiente hacia sus instituciones civiles en general, pero esta atracción y afecto son mucho más intensos cuando se trata de las instituciones hereditarias. Por eso se viene notando que leyes de carácter general, como, v. gr., la ley hipotecaria, las leyes penales, se adaptan con suma facilidad en todas las diversas regiones que componen nuestra nacionalidad, y en cambio defienden sus fueros civiles, principalmente en lo que atañe á las transmisiones *mortis causa*, con el mismo tesón y valentía que si peleasen por la integridad de sus propios bienes. Y es que de la transmisión hereditaria deriva, digámoslo así, el régimen económico de las familias, y como la sucesión de éstas en el tiempo forma como una inmensa cadena sin

fin, que gira entre dos ruedas, el parentesco y el patrimonio, basta una leve alteración para que al momento se perturbe ese ritmo cadencioso de la vida que se desarrolla con la monotonía é inmutabilidad de las leyes naturales en la sucesión de los siglos.

Cuando los legisladores españoles trataron de modificar el derecho civil, pusieron desde luego su pensamiento en esa meta no alcanzada de la unidad legislativa. Cruzaron, no sin tropezar con algunos escollos, por el tratado de personas, salvaron fácilmente el segundo libro, efecto sin duda del carácter generalísimo que le informa, pero al llegar á la materia de las sucesiones surgió el pleito, y si bien Castilla mostróse transigente haciendo concesiones en aras de la unidad, á riesgo de trastornar su antiguo derecho y aun tomando de los cuadernos foreros instituciones que, cual la de la cuota usufructuaria viudal, se recomienda por su justicia, es lo cierto que las regiones forales no cedieron un ápice en aquello que constituye algo así como su propia fisonomía, su temperamento, su constitución civil, típica, individualizada. ¿Y en qué instituciones reside más fundamentalmente esa individualización, esa fisonomía propia y característica de que hablamos? Escúchese lo que el jurisconsulto Alonso Martínez nos dice en el tomo primero de su hermoso libro *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Hé ahí sus palabras: «¿A qué quedan reducidas las diferencias esenciales entre la legislación general del reino y los fueros de Navarra, Aragón, Mallorca y Cataluña? Á las legítimas, al derecho de viudedad y á la donación *propter nupcias*, que es el contrato de excepción que en esas provincias hace las

veces de testamento, pero con carácter perpetuo é irrevocable.»

Y casi á renglón seguido el mismo jurisconsulto presenta el cuestionario que pusieron en sus manos, respondiendo á su invitación, los representantes de Cataluña, Aragón y Navarra.

a) Libertad de testar, con la cual se enlaza naturalmente la cuestión de las legítimas, y caso de que éstas prevalecieran, la de la cuota en que habrán de consistir.»

b) Fideicomiso catalán, con el que engrana lógicamente la cuestión de si subsistiendo el fideicomiso en una ú otra forma, deberá conservarse ó no en lo futuro la deducción de la *cuarta trebelianica.*»

c) Derechos necesarios de los hijos naturales reconocidos, respecto de la herencia de sus padres.»

d) Orden de los llamamientos en la sucesión intestada.»

e) Usufructo del viudo en Aragón, ó en otros términos, haber que en usufructo ó en propiedad debe asegurarse al viudo en la sucesión del cónyuge premuerto.»

Confirma la enumeración precedente lo que antes hemos expuesto; es á saber, que siendo la sucesión hereditaria, por testamento ó *ab-intestato,* la que por su influencia capital económica, condiciona el régimen familiar, dando margen, según los sistemas sucesorios, á que los núcleos formados por el parentesco consanguíneo se disgreguen ó se aúnen, basta la más leve alteración en el organismo transmisivo del patrimonio de la familia, para que el espíritu conservador y de propia defensa reaccione en contra de la innovación pretendida.

Pero á pesar de esta ley social que tiene su funda-

mento en el arraigo de la costumbre, Castilla se ha prestado gustosa á que en el régimen sucesorio que le era propio se introduzcan ciertas modificaciones, que si bien no alteran substancialmente su derecho, porque, por ejemplo, no se salta de las legítimas á la libertad de testar, ni se borran las mejoras, ni se extinguen las reservas, son sí diferencias cuantitativas de bastante importancia para que su influencia pueda pasar desapercibida.

Haremos como por vía de proemio una sumaria reseña de las modificaciones introducidas al tenor de la ley de Bases, y para ello seguiremos el mismo orden expositivo que el adoptado por el Código.

* * *

Principia el tít. III sentando bajo el dictado de *Disposiciones generales*, los principios capitalísimos que vienen á constituir como el cimiento sobre el cual ha de descansar todo el edificio jurídico de las sucesiones. Cuándo nace el derecho de suceder: cuál es su causa eficiente: qué se entiende por herencia: qué por heredero: y, finalmente, el axioma y ley fundamental, base de todo el sistema hereditario, de que los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.

Principios son éstos inmutables, aunque no imperecederos, desde el momento que puede concebirse una sociedad, y acaso, según las teorías marxistas, más perfecta que la actual, sin que sea en ella la sucesión clave del mecanismo y funcionamiento social; pero basta pronunciar la palabra herencia, y comunicarle

un soplo de vida, practicándola en las costumbres ó estampándola en las páginas de un Código, para que al punto, y como alma de este cuerpo jurídico de la sucesión hereditaria, se le unan y fundan inmediatamente aquellos principios consubstanciales á su modo de ser y de desenvolverse.

Aceptada la institución de la herencia individual, digámoslo así, su causa eficiente puede ser, ó la voluntad del individuo, *testamento*, ó, en ausencia de esta voluntad, su presunción racional, impuesta por el ministerio de la ley, *sucesión intestada*.

Con respecto á la capacidad para testar, nótese que el vigente Código ha cercenado muchas de las antiguas prohibiciones; así, v. gr., al tenor de la legislación antigua, no podían testar los menores de catorce años siendo varones, doce siendo hembras; los que padeciesen perturbación mental (locos, fatuos, dementes, desmemoriados), los declarados judicialmente pródigos, los sordomudos, *los sordos de nascencia*, los regulares en clausura, siquiera por las alternativas políticas que nuestro país ha atravesado en el siglo actual, esta prohibición sufrió diferentes modificaciones, que ya notaremos en su oportuno lugar; los Arzobispos y Obispos respecto de los ornamentos sagrados y pontificales; y en los tiempos del Rey Sabio, estaban también incapacitados los condenados á la pena capital, si bien es cierto que la ley 4.ª de Toro mitigó este rigor permitiéndoles testar, salvo de los bienes que por culpa del delito cometido se les hubiesen confiscado.

Por el Código civil vigente sólo carecen de capacidad para disponer *mortis causa* de sus bienes, los menores de catorce años, sin distinción ninguna por razón

de sexo, y los que habitual ó accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio.

Hay que añadir á estas incapacidades la relativa de los menores de edad para otorgar testamento ológrafo: la de los ciegos y personas que no sepan ó no puedan leer, para otorgar testamento cerrado, y la incapacidad absoluta de los sordomudos que no supieren escribir. Esta última incapacidad no la establece el Código por modo categórico en el art. 663, consagrado á la enumeración de las incapacidades para la testamentifacción activa, pero se deriva implícitamente de los artículos 708 y 709, y, sobre todo, de la imposibilidad en que se halla el sordomudo no educado para comunicar su pensamiento por cualquiera de las dos maneras que la ley admite, es á saber: la expresión oral y la expresión por escrito.

En la edición primitiva del Código civil figuraban también entre los incapacitados para testar los religiosos profesos de Órdenes reconocidas por las leyes del Reino, pero esta prohibición, tan en armonía con las disposiciones canónicas y tan conforme al estado religioso, fué borrada, atendiendo á que, como dice la Comisión de Códigos en la exposición de motivos de la segunda edición, Obispos respetables y otros oradores insignes levantaron su voz en el Senado pidiendo la solución contraria, porque restituída la facultad de adquirir y poseer á las Comunidades religiosas, se cumplirá en todas sus partes el Derecho canónico y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares.

*
* *

Conserva el Código las dos formas solemnes de testar que el derecho admite, en correlación con los dos medios de expresar la voluntad, de que todo testador en el uso cabal de sus sentidos y dotado de la instrucción más elemental puede disponer: la forma oral ó nuncupativa y la forma secreta ó cerrada. Pero además, al lado de estas formas, consagradas por nuestro derecho histórico, admite la que pudiéramos llamar forma privada, desprovista de toda solemnidad instrumental, como la presencia de Notario y testigos, aunque no tan desamparada de garantías que pudiera el día de mañana dudarse de su autenticidad. Tal es el testamento ológrafo, institución introducida por el Código Napoleón, adoptada por los Códigos de Italia y España, pero repudiada en previsión y temor de sus manifiestos peligros por las legislaciones de Portugal, Chile, Guatemala, Méjico, proyecto germánico, etc.

Manifiesta novedad es con relación al testamento nuncupativo la introducida por el art. 697 concediendo la testamentifacción activa al *enteramente sordo que no sepa ó no pueda leer*. Y decimos que es manifiesta novedad, debiendo sostener que es ostensible absurdo, porque todavía parece que el eufemismo templa algo el rigor de la crítica y la acritud de las frases.

Si por enteramente sordo se entiende lo que la legislación del Rey Sabio comprendía por *sordo de nascencia;* si se admite en su sentido literal la acepción que el Diccionario castellano da del adverbio modal *enteramente*, y si se toma como precedente doctrinal lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado respecto de la inteligencia de la sordera absoluta ó integral de los testigos instrumentales de los

testamentos (sentencia de 11 de Junio de 1864, entre otras), es lícito sostener que el que nada absolutamente oye, el sordo integral, digámoslo así, que además de esta completa obliteración del sentido del oído, carece de la cultura más rudimentaria y no sabe leer, se encuentra, por lo que respecta á la posibilidad de testar con garantías de acierto, en una situación muy semejante á la del sordomudo que no sabe escribir.

Es verdad que el sordomudo ineducado carece de toda comunicación mental, salvo, claro está, el lenguaje de las señas; y al enteramente sordo, pero no mudo, quédale expedita la facultad de la palabra para expresar su voluntad; pero hay que tener muy en cuenta que el testamento nuncupativo no se cifra únicamente en la expresión oral por el testador de aquel su último deseo para después de la muerte, sino en la consignación fidelísima de ese deseo en el instrumento público y en la confrontación mental por el testador de la voluntad que expuso con la versión notarial. Es decir, que en el testamento nuncupativo requiérese, no sólo que el testador comunique con el notario, sino que el notario pueda comunicar con el testador. Y precisamente en la imposibilidad de esta última comunicación es donde reside la semejanza íntima que media entre la incapacidad para testar del sordomudo que no sabe escribir y la situación, en punto á incapacidad natural, y por ende jurídica, del enteramente sordo que no sabe leer.

¿Cómo es posible comunicar con una persona enteramente sorda y que, á mayor abundamiento, no sabe leer? Porque su inopia intelectual, el desconocimiento de la lectura, equivale para estos efectos á la ceguera,

y la imposibilidad de oir le aparta de todo contacto con el mundo exterior, recluyéndole en la intimidad y clausura de su propio pensamiento. Se argüirá que para obviar estas dificultades, el art. 697 dispone que cuando el enteramente sordo no sepa leer, designará dos personas que lean el testamento en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario, pero á esto cabe replicar que *incontinenti* resurge el problema con los mismos caracteres de dificultad. Porque si al testador *enteramente sordo,* y por añadidura ignorante hasta el extremo de no saber leer, no le suponemos dotado de virtud adivinativa, habrá que hacerle comprender de alguna manera que cumpla la solemnidad requerida por el expresado art. 697, es á saber: que designe los dos testigos que en su nombre lean el testamento. Si es enteramente sordo, aunque se le hable con bocina no llegará á enterarse; y si no sabe leer, el hecho de ponerle el Código delante, abierto por el art. 697, tampoco surtirá el menor efecto, porque á tanto equivaldría presentarle un códice chino, un papiro egipcio ó un rulo asirio. Únicamente por medio de señas le será dable al notario comunicar con el testador. Pero, ¿acaso este lenguaje inarticulado, mudo, desconocido para la mayoría, puramente convencional en la casi totalidad de las ocasiones, propenso, por ende, al error y á la confusión, puede, no decimos consentirse, pero ni aun siquiera tolerarse en un acto tan solemne y transcendental como la otorgación de un testamento? Por esto hemos dicho antes que el absolutamente sordo que no sepa leer, como quiera que no se puede comunicar con él ni de palabra ni por escrito, debería estar incapacitado para testar. Y por esto también reputamos, no como un

adelanto, sino como un lamentable error, el art. 697 en su segunda hipótesis.

Atenuando la imposibilidad jurídica y natural que existe entre el fin que el artículo se propone inspirándose en un espíritu amplio y tolerante, y los medios que indica, ó, mejor dicho, que preceptivamente erige en rúbrica de esencia en el otorgamiento, algunos espíritus conciliadores han propuesto que por *enteramente sordo* no se entienda lo que el adverbio modal, que califica el concepto de sordo, deja entrever, sino sordo que oye con alguna dificultad. Y para ello se fundan en que la lectura de corrido de un documento, aunque se verifique en alta voz, no produce en el oído del sordo sino un murmullo vago, un ruido en que los ecos y resonancias de la pronunciación del lector impiden la percepción clara de todas las palabras que forman el contenido del testamento. La observación es cierta. Basta que la sordera sea un tanto graduada para que se produzca el efecto previsto. El sordo, aun cuando oiga la lectura, no la percibirá íntegra. En muchas ocasiones, sólo escuchará modulaciones monosilábicas, cuando no únicamente la cadencia final de las voces; y si entonces, amargado su ánimo por la duda, pretende confrontar personalmente su testamento, le saldrá al paso su propia ignorancia, que le impedirá poder leer por sí la expresión instrumental de su postrimer deseo. El anhelo de los espíritus conciliadores, á los que hace un momento nos referíamos, no sólo es racional, sino necesario; urge traducirlo en ley, pero en el entretanto, el adverbio de modo *enteramente* campee á sus anchas por el art. 697, impeliendo la interpretación del precepto por el carril de un significado gramatical in-

alterable, se ahogará todo raciocinio, y las espigas gordas de la *interpretatio ad literam* sofocarán las espigas flacas de esa otra interpretación estrictamente lógica, y por ende jurídica, que descubre en el fondo del art. 697, una contradicción de medio á fin, una verdadera incapacidad de testar.

Consideraciones son las que preceden que por su aspecto crítico se despegan de este proemio meramente enunciativo, pero, aparte de sazonar la aridez ingénita de toda labor expositiva, preparan el espíritu para sucesivas investigaciones.

* * *

Abandonándose el Código á la corriente del derecho universal, prevé y legisla respecto de los testamentos excepcionales del que se halla en inminente peligro de muerte ó reside en una ciudad epidemiada. Trata, asimismo, de los testamentos especiales de los militares, navegantes y residentes en país extranjero, y después de consagrar en el art. 737 el antiguo principio connatural con la institución civil de los testamentos, de que *Ambulatoria enin est voluntas hominis, usque ad vitae supremum exitum,* entra á estudiar la herencia propiamente dicha, principiando por señalar quiénes están incapacitados para suceder.

Son incapaces de suceder las criaturas abortivas y las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley; estas últimas porque, debiendo la persona colectiva Asociación ó Corporación) su existencia jurídica al reconocimiento legal, es llano que cuando este último

falta, la persona colectiva no existe, ó, dicho en otros términos, se trata entonces de una persona social abortiva. Las antiguas leyes de Partida incapacitaban también á los moros, judíos, herejes, apóstatas, rebautizados y á los nacidos de vedado ayuntamiento, con parienta ó mujer religiosa. El moderno Código no conserva otras incapacidades absolutas que las dos mencionadas, porque la de los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del Reino, que subsistía en la primera edición del Código, desapareció al publicarse la segunda, merced á las gestiones en Cortes de respetables Prelados y Senadores que, á despecho del voto de pobreza y estimulados por el espíritu igualitario de la caridad cristiana, pretendieron y lograron que así como los Monasterios podían adquirir por testamento, pudieran también los religiosos profesos heredar al igual de los seglares.

Otras incapacidades existen, pero de carácter relativo, porque no se cimentan en la inexistencia de la persona, únicas que hoy reconoce el Código con carácter absoluto, sino en el temor del fraude, ó en la relajación de los vínculos de cariño y parentesco, sobre cuyos vínculos tiene su más firme base la institución hereditaria. Así, pues, entre estas incapacidades relativas es factible incluir:

a) La de los Notarios y testigos que intervengan en la otorgación de la última voluntad del testador, así como la de la esposa, pariente ó afines de aquéllos, dentro del cuarto grado.

b) La de los tutores respecto del testamento de sus pupilos antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de los primeros.

c) La de los confesores durante la última enfermedad, y la de sus parientes en el cuarto grado.

Y sin forzar mucho la linde, bien puede dársele cabida dentro del campo propio de las incapacidades relativas para suceder á las llamadas causas de indignidad. Son estas últimas causas de relación, porque acusan, como dice Viso, el incumplimiento de un deber hacia la persona, honra ó memoria del difunto á quien se pretenda heredar.

* * *

Otra de las reformas más capitales introducidas por el Código en la materia que rápidamente bosquejamos, es la relativa á las sustituciones fideicomisarias.

Como observa, con mucha exactitud, el distinguido civilista Durán y Bas, en su notabilísima Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, la abolición de las sustituciones fideicomisarias ha venido á ser una especie de dogma en algunas de las modernas legislaciones civiles. Tras del fideicomiso, que es, como dice Alonso Martínez, un complemento de la libertad de testar en el fideicomitente, y en el fiduciario la negación de esa misma libertad, creyeron ver los jurisconsultos franceses é italianos la amenaza del fraude. Por esto, Bigot de Preameneu, en la sesión *de 2 de floreal del año II*, le rechazaba diciendo que el espíritu del fraude había introducido las sustituciones, y la ambición, apoderándose de dicho medio, las había perpetuado. Verdad es también que Bigot se apoyaba en el elemento consuetudinario, porque, según sus propias palabras, en Francia se contaban hasta diez

Costumbres que regían en una extensión aproximada á la quinta parte del territorio nacional, y en cuyas Costumbres se prohibía la libertad de sustituir, ó á lo menos se restringía, encerrándola en límites muy estrechos.

No obstante las observaciones de Bigot Preameneu, el hecho cierto es que en el Derecho antiguo francés el uso del fideicomiso era muy frecuente, como lo demuestra la Ordenanza de Orleans de 1560, la de Moulins de 1566, dada para prevenir la omisión de la primera al no referirse á las sustituciones anteriores, la Ordenanza de 1743, y, finalmente, la misma ley de 14 de Septiembre de 1792 que abolió en absoluto las sustituciones fideicomisarias, y que, seguramente, no se habría detenido á proscribir esta institución civil si de hecho y de derecho no hubiere existido y aclimatádose en las costumbres. De otro lado, ¿qué de particular tiene que la sustitución fideicomisaria con caracteres de perpetuidad arraigara en el suelo francés, donde tan firme base encontró la institución feudal? Por esto, no es de extrañar que al desmoronarse el antiguo régimen, y viendo los legisladores franceses en el fideicomiso el germen de un privilegio, consignaran en el Código napoleónico una declaración tan absoluta y escueta como ésta: «*Les substitutions sont prohibees.*» Algo atemperó esta prohibición el art. 897, exceptuando las sustituciones en favor de los hijos y de los hermanos. Nuestro proyecto de 1851 siguió los mismos rumbos, y aun cerró más violentamente contra las sustituciones fideicomisarias el Código de Italia, declarando en el artículo 899 que «la disposición en que el heredero ó legatario queda obligado á conservar y restituir la he-

rencia ó el legado á una tercera persona, es una sustitución fideicomisaria. Semejante sustitución está prohibida.»

Como hace notar con sumo acierto el escritor antes citado Durán y Bas, «el error de los legisladores franceses y de los que han seguido sus huellas, está en no haber distinguido entre los fideicomisos perpetuos y temporales: en haber visto en los últimos todas las condiciones de los primeros».

Tanto porque vislumbraran este error, cuanto porque les animara un espíritu de transigencia en pro de la unidad legislativa, el hecho es que, al discutirse por la Comisión de Códigos el fideicomiso, todos los vocales votaron unánimemente por la proscripción de los perpetuos, dado su espíritu vincular, y por la subsistencia de los temporales. No contribuyó poco á este resultado, según hace notar Alonso Martínez, el convencimiento que todos sentían de haber obedecido á preocupaciones sin fundamento la conducta de los autores del proyecto de 1851, y el no existir razón ninguna filosófica, histórica, jurídica ni económica que autorizase una limitación tan exorbitante á la libertad del propietario.

Las legislaciones forales tampoco fincaron mucho en el mantenimiento del fideicomiso: Navarra tenía sus *llamamientos*. Aragón se encontraba en el propio caso. Frente por frente de estos fideicomisos especiales se levantaba el fideicomiso romano, arraigado en el derecho de Cataluña desde la época de la dominación de Roma, allá por los tiempos de Augusto, que fué precisamente cuando el fideicomiso, tan comprensible y en relación con el modo de ser jurídico del pueblo romano, pasó de la costumbre á la ley.

En pugna las legislaciones forales, conformes los vocales por convencimiento íntimo en proscribir los fideicomisos perpetuos, se impuso, como dice Alonso Martínez, la solución del problema al tenor de los eternos principios de la justicia y del Derecho. Para esto, principiaron por destruir la cuarta trebelianica, y á continuación el Sr. Durán y Bas redactó cinco bases (1) que corresponden exactamente con los artículos 781, 782, 783 y 784 del Código vigente.

Admitidas las sustituciones temporales en nuestro vigente Derecho, no habrán de pasar del segundo grado, deberán recaer en favor de personas vivas al tiempo del fallecimiento del testador; no podrán perjudicar á las legítimas; si recayeren en el tercio de mejora, sólo podrán otorgarse en favor de los descendientes, y por último, los llamamientos á la sustitución habrán de hacerse expresamente.

* * *

Prosigue nuestro Código desenvolviendo la extensísima doctrina referente á los derechos sucesorios, y

(1) *Base A.* Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el segundo grado y *siempre* si se hiciesen á favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Base B. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recaen sobre las mejoras, sólo podrán hacerse á favor de los descendientes.

Base C. Los llamamientos á la sustitución fideicomisaria han de ser expresos.

Base D. Para que el fideicomisario pueda distraer alguna cantidad de los bienes que debe restituir, salvas las deducciones por créditos y mejoras, deberá haber declaración expresa del testador.

Base E. Las sustituciones fideicomisarias no hechas con palabras expresas, sea dándoles este nombre, sea imponiendo la obligación de restituir los bienes á un segundo heredero, no serán válidas.

como no podía ser menos, ocúpase de la teoría de las condiciones, y por ende de las instituciones hereditarias y legados condicionales. Después penetra resueltamente á tratar de las legítimas.

En este terreno libróse la más ruda contienda entre los ritos forales y el rito castellano. El fuego de la unidad legislativa no logró consumir los cuadernos catalán, navarro y aragonés, y aunque el misal castellano sufrió desperfectos y aun cercenaduras en rendimiento á la tan decantada unidad, es el hecho que en el Zoco de la comisión de Códigos no se ventiló definitivamente el problema, y que en la actualidad existen diferentes sistemas legitimarios. Unos, como el catalán, el aragonés y el navarro, son manifestaciones directas de la libertad de testar. Otros, como el sistema de Castilla, aun después de reformado, responden al criterio de cercenar la libertad de disposición, mediante la institución de las legítimas, pero no una legítima ilusoria como los cinco sueldos carlines y la robada de tierra de los montes comunes en Navarra, y los diez sueldos jaqueses en Aragón, sino una legítima real y efectiva.

No es de extrañar, por tanto, que contendiendo principios y doctrinas tan contradictorias como la libertad de testar, aun condicionadas por infinitesimales legítimas, y el sistema legitimario verdad, tal como en Castilla se había venido practicando, la transacción fuera imposible, á pesar de todas las concesiones del Derecho castellano. Con razón decía el Sr. Morales, discutiendo en la Comisión de Códigos: «Se puede transigir sobre el *tanto ó el cuanto*, pero no cabe transacción sobre los principios, y aquí hay que optar entre la li-

bertad de testar ó las legítimas, que son la antítesis de esa misma libertad.»

Si Castilla aceptaba como fórmula de avenencia la legítima catalana, su derecho perdía personalidad y venía á sumarse con las legislaciones que consagran la libertad de testar. Y aun así, Aragón y Navarra hubieran protestado, porque la cuarta parte de los bienes como legítima se distancia bastante de las legítimas espectrales de las otras dos regiones foreras. Y si Cataluña, Aragón y Navarra aceptaban el tercio propuesto por el jurisconsulto Comas, bien podía asegurarse que rendían homenaje al sistema legitimario absoluto, y con esta sumisión borraban de una plumada toda su tradición jurídica.

Fundida la luz y la sombra resulta la penumbra: mas ni Castilla se resignaba á que su historia legislativa se entenebreciese en esta penumbra incolora, indecisa, sin líneas ni contornos; ni Aragón, Cataluña y Navarra querían que el sol de sus veneradas instituciones dejara de prestar calor y vida al organismo familiar. Puestas las cosas en tal terreno, no había, como dice acertadamente el ilustre Alonso Martínez en su obra antes citada, más que un temperamento que adoptar: el de invitar á la Comisión que se decidiese por alguno de los sistemas discutidos. El jurisconsulto Comas había propuesto que el haber hereditario se dividiese por terceras partes. Albacete, que la herencia se dividiese en cuatro partes, un cuarto para legítima y los tres restantes de libre disposición. Manresa partía el caudal en dos mitades: una mitad venía á constituir la cuota legitimaria de los hijos, la otra mitad quedaba á merced del padre, quien podía disponer de ella libre-

mente. Franco propuso que la herencia se dividiera en cuatro porciones iguales: una de éstas constituiría la legítima, otra sería de libre disposición del padre y la otra mitad del haber hereditario podría el padre disponer según tuviera por conveniente, pero sólo entre sus descendientes legítimos, pudiendo, ó bien distribuirla entre ellos en las porciones que estimase, ó instituir heredero ó herederos de la misma á uno solo ó más de éstos.

De todos estos proyectos, el que más votos obtuvo fué el del ilustre Comas, pasando como por escalones desde la discusión á la aprobación, de ésta á la ley de Bases, y de aquí al art. 808 del Código vigente, donde categóricamente se declara que la legítima de los hijos y descendientes legítimos la constituyen las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora á sus hijos y descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición.

* * *

Otro de los puntos relativos al derecho sucesorio, que en el trasplante de nuestra antigua legislación al Código novísimo ha sufrido modificaciones, y quizá de las más discutidas, es el de la legítima de los ascendientes.

Sabido es que por la ley *6.ª de las de Toro*, recogida por la *1.ª, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación*, la legítima de los ascendientes había venido siendo en el derecho de Castilla los dos tercios del haber heredi-

tario, pudiendo el descendiente disponer libremente del otro tercio; todo esto en aquellas tierras donde no hubiere fuero, por cuya virtud se revertiere el tronco al tronco y la raíz á la raíz.

Y siendo ésta costumbre antigua y consagrada, no sólo por su longevidad, sino también por su justicia, parecía que no había que discutir acerca de su conservación en el Código civil. Porque es éste un tema que ya no reza con la libertad de testar, después de admitida la legítima de los descendientes, sino con otro orden de consideraciones basadas en el cariño filial y en los deberes del reconocimiento y de la asistencia. Sin embargo, no sólo discreparon las opiniones en punto á la cantidad, sino respecto de si debía ó no conservarse en el Código la legítima de los ascendientes. Alonso Martínez, en su obra citada anteriormente, historiando las discusiones de la Comisión de Códigos, hace constar que, al paso que García Goyena pretendía que la legítima fuese meramente usufructuaria, Albacete trataba de borrarla, compensándola con una asignación alimenticia computada como carga de los bienes de la herencia, y Pisa Pajares, distinguiendo entre ascendientes pobres y ascendientes ricos, proponía que, ante todo, se señalara á los primeros alimentos, considerando éstos como carga de los bienes de la herencia, y que sólo á falta de padres ó abuelos necesitados, ó quedando un sobrante después de pagadas las asignaciones alimenticias, se formara la legítima para los ascendientes, entre los cuales y el finado no hubiera persona intermedia.

Sobre estos encontrados criterios prevaleció la influencia del derecho tradicional, si bien otorgando

algunas concesiones á ese espíritu de libertad hereditaria que transpira, digámoslo así, por entre los artículos del Código. En su consecuencia, se acordó conservar el derecho legitimario para los ascendientes: otorgarles la legítima en propiedad: fijar su cuota en el tercio, si bien algunos individuos votaron por la mitad, y el representante de la legislación catalana abogó y votó por el cuarto: establecer la sucesión lineal y permitir que pueda el ascendiente pobre trocar por el derecho á los alimentos, la cuota legítima que pudiera pertenecerle.

Mas para que el espíritu de la diversidad triunfara en todo, el Ministro, autor de las Bases, se apartó del sentir de la Comisión, y en la que lleva el núm. 16 de la ley de 11 de Mayo de 1888, se dijo «la *mitad* de la herencia en propiedad, adjudicada *por proximidad de parentesco*, y sin perjuicio de las reservas, constituirá, en defecto de descendientes legítimos, *la legítima* de los ascendientes, quienes podrán optar entre ésta y los alimentos».

Finalmente, y esto es lo más digno de ser mencionado porque refleja un régimen cantonal atomístico entre los diversos organismos que contribuyeron á la elaboración del Código: á los jurisconsultos que le redactaron debió parecerles punto menos que irrealizable en la práctica la compensación de la legítima por la asignación alimenticia, porque á pesar de la ordenación categórica de la ley de Bases, se limitaron á no cumplirla, por donde vino á retoñar aquel antiguo aforismo práctico en nuestras leyes de Indias del *«se obedece pero no se cumple»*.

Y es singular coincidencia, que acaso explique esta

anomalía con tonalidades anárquicas, la de que al paso que Alonso Martínez, ministro, decía en la ley de Bases que los ascendientes podrían optar entre la legítima ó los alimentos, Alonso Martínez, jurisconsulto y escritor, consignaba en su libro sobre *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, que la facultad concedida á los ascendientes para optar entre la legítima y los alimentos, altera la noción verdadera de estas dos instituciones jurídicas, y lejos de simplificar el derecho y mejorar el régimen familiar, habría de dar frecuente ocasión á complicaciones y disgustos en los *ab-intestatos* y testamentarías.

* * *

Adherida al vetusto tronco de las legítimas, crece y se desarrolla como apretada yedra que sofoca la libre circulación de los bienes, la institución de las reservas. Pretendiendo evitar algunos de los inconvenientes económicos que éstas producen, se ha cuidado con esmero la planta y ha surgido un nuevo retoño tan galano y florido, que la mayor parte de nuestros juristas han tratado de analizarle estudiando la composición de sus tejidos en una como especie de oposición sobre histología jurídica. Referímonos al art. 811 del vigente Código, por cuyo artículo se decreta la reversión en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes procedan, de los que el ascendiente hubiere heredado por ministerio legal de su descendiente, siempre que éste los hubiere adquirido en virtud de un título lucrativo de otro ascendiente ó de otro hermano.

No pensamos ni siquiera abocetar el comentario; que no es este proemio enunciativo de la materia del libro III del Código español, lugar acomodado para la crítica jurídica; pero sí exponer algunas noticias preparatorias del amplio estudio que nos proponemos hacer.

Por lo pronto, no deja de causar extrañeza que el proyecto de 1882, coetáneo de las reuniones de Noviembre del mismo año, á las que directamente se refiere la base 15, contraiga en su art. 796 la reserva de que se ocupa el art. 811, á los bienes que *el ascendiente heredare ab-intestato de su descendiente.*

Alonso Martínez, en su obra tantas veces citada, presenta el artículo saliendo de manos de la subcomisión formada por los Sres. Durán, Franco, Manresa y García Goyena, en la misma forma, salvo levísimas diferencias de redacción, que hoy se encuentra, aplicable así á la sucesión testada como á la intestada. Conviene, por lo tanto, dejarle la palabra al malogrado jurisconsulto autor de la idea generadora del art. 811, porque nadie mejor podrá informarnos del espíritu que alienta el precepto y de las miras que los codificadores se propusieron al implantarlo.

»Se trataba, dice Alonso Martínez, de evitar que por unas segundas bodas la fortuna de una familia enriqueciera á otras personas extrañas á la misma.»

»Y como este mal, que en ocasiones subleva la conciencia pública, puede realizarse bajo distintas formas, y con relación á diversas instituciones jurídicas, de aquí que el Sr. García Goyena pidiera que la asignación de la legítima á los ascendientes se hiciera en usufructo y no en propiedad. De aquí que la Comisión codificadora votara la sucesión lineal, abandonando la

regla secular de la proximidad del parentesco; de aquí, en fin, que el Sr. Durán y Bas propusiera la reversión de los bienes al tronco en el caso del impúber con arreglo al fuero catalán, y que el Sr. Franco demandara la generalización de este precepto jurídico, manteniendo en este punto y extendiendo á todo el Reino la legislación aragonesa.»

»Mas como todos estos remedios son peores que la enfermedad á que se intenta aplicarlos, entendí yo—y así lo expuse á la Comisión—que acaso podría conciliarse todo con un buen sistema de reservas. Aceptada esta idea por todos los vocales, y nombrada una Subcomisión que la formulara y desenvolviera, se sometió más tarde á la deliberación de la Comisión en pleno, el siguiente proyecto ó dictamen:

»El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por *título lucrativo* de otro *ascendiente* ó de un *hermano*, se halla obligado á *reservar* los que hubiere adquirido por *ministerio de la ley* en favor de los parientes del difunto que se hallaren comprendidos dentro del tercer grado, y que lo sean por la parte de donde proceden los bienes.»

Y sigue diciendo Alonso Martínez: «Del texto transcrito resulta con toda evidencia que no tiene lugar la reserva sino cuando conjuntamente concurren los requisitos siguientes: 1.° Que exista un ascendiente, al menos que sea heredero del difunto, porque la obligación de reservar es exclusiva de aquél, sin que la ley la imponga en caso alguno á los descendientes, á los colaterales ni á los extraños. 2.° Que en la herencia yacente existan bienes *determinados* adquiridos por el difunto de un ascendiente ó de un hermano, lo cual sig-

nifica que los adquiridos de cualquiera otra persona ó ganados por el muerto con su industria y trabajo no están sujetos al vínculo jurídico de la reserva. 3.° Que aun procediendo los bienes del ascendiente ó del hermano, los hiciera suyos el difunto en virtud de un título lucrativo, pues si hubieran entrado en sus manos por compra ú otro título oneroso cualquiera, ya no tendría lugar la reserva, y, por lo tanto, el ascendiente heredero los poseería en pleno y absoluto dominio, disponiendo de ellos á su antojo. 4.° Que el beneficio de la reserva sólo se establece en favor de los parientes hasta el tercer grado, sin que nunca se extienda á los de grado más distante. 5.° Que es menester que estos parientes pertenezcan á la línea de donde procedan los bienes reservables, porque si no faltaría la razón de ser de las reservas, que es la troncalidad; y 6.° Finalmente, que el ascendiente heredero adquiera los bienes por *ministerio de la ley*.

»A propósito—continúa el ilustre escritor—he dejado para la última esta condición, porque pide mayores esclarecimientos que las demás. Si el ascendiente heredero sólo está obligado á *reservar* los bienes troncales que adquiera por *ministerio de la ley*, evidente es que no tiene tal obligación cuando los adquiera *por voluntad del testador*. Pero entonces, se dirá, la reserva sólo puede tener lugar en la sucesión legítima. ¿A qué, pues, haber hablado de ella al discutir sobre la sucesión con testamento? No. Esta objeción sería incontestable en el sistema de la libertad de testar; pero donde hay herederos *forzosos* y *legítimos*, tan aplicable es la institución de las reservas á la sucesión *ab-intestato* como á la testamentaria, siempre que en esta última la finca re-

servable figure en la porción hereditaria de que el testador no podría privar al ascendiente sin justa causa de exheredación.

»Como indica el mismo nombre, *la legítima* no la deben los ascendientes al afecto y la iniciativa del testador, sino que la reciben por *ministerio de la ley*, y *por lo tanto, es igual en uno y otro caso la razón de la reserva.*»

He ahí el antecedente más autorizado del art. 811.

Pensaba su autor que con esa ampliación de la reserva quedaban salvados todos los escollos económicos que la crítica ha encontrado en disfavor y descrédito de la susodicha institución, porque, decía, »con el ascendiente que herede de un descendiente bienes troncales, no sucederá en adelante lo que con el viudo ha acontecido hasta aquí, y hoy todavía acontece, es á saber: que mientras se conserva en ese estado es dueño absoluto de los bienes sujetos á reserva; pero que se convierte en mero usufructuario de los mismos desde el punto y hora que contrae segundo matrimonio». Y más adelante aduce: »En el proyecto de la Comisión, lo que en suma se propone es que el ascendiente herede meramente en usufructo la finca troncal, sucediendo en los demás bienes que no tengan tal carácter de propiedad... Y como este temperamento lo concilia todo, porque de un lado se halla exento de los inconvenientes económicos de las reservas, tal como en nuestro derecho actual están organizadas, y de otro acaba con el repugnante espectáculo de que una familia se enriquezca con el patrimonio de otras por combinaciones matrimoniales imprevistas, la Comisión le adoptó por una gran mayoría».

Baste de presente con esta remembranza de lo

ocurrido en la Comisión de Códigos al discutirse y votarse la base ó proyecto generador del artículo más disputado y por ende más obscurecido del Código civil. Momento llegará en el que también nosotros llevaremos el art. 811 á la mesa de vivisección.

*
* *

Puestos ya los legisladores en la senda de las reversiones y encontrando en la legislación francesa y en el *Avant proyet*, de Laurent, algunos artículos que secundaban y favorecían la tendencia troncal, y aún más que troncal, lineal, encaminada á que los bienes de una familia no pasen por combinaciones matrimoniales y hereditarias á extraños, creyeron muy oportuno trasladar casi literalmente los susodichos preceptos; y de dicha traslación surgió el art. 812, no menos interesante que el 811, por cuanto ambos son efectos de una misma causa.

Á su tenor, los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Mas si hubiesen sido *enagenados* (nótese que se emplea la palabra en su más amplia y genérica acepción), sucederán en todas las acciones que el donatario tuviese con relación á ellos, y en el precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan substituido si los permutó ó cambió.

Tiene esta reversión de las cosas donadas un carácter marcadamente legitimario, y si no cabe estimarla como ampliación de las legítimas, tampoco como una

excepción de las mismas; porque si en algo excepciona, es en cuanto al retornar los bienes donados al dominio del donador, amengua el caudal partible del cual habrían de detraerse las cuotas legítimas. En este sentido conspira la reversión por el mayor predominio de la agrupación familiar, y así se explica que si el descendiente hubiese tenido posteridad, la reversión no se verifique porque los bienes no salen de la línea y varía únicamente la dirección, que en vez de tomar por la vía de la ascendencia, prosigue por la recta descendente. Por esto sin duda mostraron tenaz empeño los vocales de la Comisión de Códigos en implantar la doctrina que en el art. 812 se contiene; y quizá también á esta misma idea se deba el que, como hace notar Alonso Martínez, naciones tan hostiles á las instituciones jurídicas de la Edad Media y de espíritu tan nivelador como Francia y Bélgica, consignaran en sus Códigos, y Laurent lo recogiese en el *Avant proyet,* este mismo principio de reversión en su forma más áspera y desabrida.

Pero como el criterio de los hombres es tan mudable, y las propias instituciones que á los unos antójaseles sabias y previsoras, á los otros no les merecen sino invectivas y dicterios, se da el caso con respecto á esta teoría de la reversión de las donaciones, de que mientras en los Códigos de Francia, Bélgica y España se la acepta como cimbra protectora del espíritu familiar, el Código de Italia, por ejemplo, la omite en absoluto, dando con ello margen á que el malogrado Cimbali diga que el legislador italiano, aboliendo expresamente (forma de sucesión singular) el derecho legal de reversión, *droit de retour,* en virtud del cual las cosas donadas á una persona muerta sin posteridad retornan *ipso*

jure á título de sucesión, dado el concurso de ciertas condiciones á la persona del donante ó á sus descendientes, señala un progreso incontestable é incontestado, relativamente al legislador francés.

El derecho de reversión campea en nuestro Código con todos sus esplendores, porque, no solamente admite el que pudiéramos llamar legítimo ó impuesto por el ministerio de la ley, sino el contractual ó derivado de la voluntad (art. 641).

*
* *

La sabia institución de las mejoras, complemento necesario dentro de un buen sistema de legítimas, tiene decoroso aposento en el Código, limitada como antes hemos visto á una mitad de los dos tercios que constituyen la legítima de los descendientes; pero como aparte de dicha diferencia meramente cuantitativa, consérvase incólume el organismo de esta institución, atribuída al Rey visigodo Chindasvinto, no nos detenemos en anticipar ideas que habrían de carecer de toda novedad, dado que este proemio es estrictamente enunciativo, y en lugar más propio hemos de comentar detenidamente los artículos que el Código consagra al desarrollo de las mejoras.

*
* *

En cambio, implica una reforma, y reforma trascendental, la implantación en el derecho castellano del sufructo en beneficio del cónyuge viudo. Cierto que onserva algunas reminiscencias forales, pero no lo es

menos que tal como los legisladores la han desenvuelto, la viudedad usufructuaria tiene cuerpo y alma propios.

Era ésta una de esas aspiraciones que, flotando en la atmósfera jurídica, venía á ser el medio ambiente en que se agitaban las reformas del derecho sucesorio; era también lazo de unión entre la antigua legislación castellana y las forales: se había apoderado de los ánimos, había determinado las convicciones y tenía necesariamente que traducirse en derecho escrito. No eran sólo las influencias del derecho aragonés y navarro las que pesaban en el ánimo de los individuos de la Comisión de Códigos. No; la equidad, la más acendrada justicia, el decoro y la dignidad de la madre en la familia española exigían de consuno y con imperio que no pudiera jamás darse el deplorable caso de una triste viuda reducida á la escasez, y de una descendencia irrespetuosa, disfrutando de un patrimonio que acaso aquélla contribuyera á conservar. Elevada en la ley la categoría de la mujer; revestida de la patria potestad; teniendo soberanía en su familia; territorio (su propio hogar); súbditos cariñosos (sus descendientes no emancipados), privarla del medio económico, hubiera equivalido á convertir en irrisoria su soberanía. Seguramente, cuando su prole, avivada su inteligencia por la juventud, se hubiere llegado á penetrar de que aquella figura augusta de la madre no tenía tesoro propio, patrimonio privativo, y era, desde el punto de vista del régimen económico, una carga onerosa de la fortuna, heredada del padre, seguramente, repetimos, cada rasgo de autoridad del poder materno se habría traducido por un conato de rebeldía de los hijos; que á

tanto llega la fuerza destructora del interés individual, y tanto acrecienta el orgullo y la vanidad, la persuasión en el sometido de la necesidad de su concurso económico.

No quieren decir estas consideraciones que anteceden que la ingratitud y rebeldía de los hijos hubiesen sido la regla general, de no haberse introducido en la legislación castellana la viudedad usufructuaria; pero basta la posibilidad de un solo caso para justificar plenamente la implantación. Porque, después de todo, ¿cuál fué el motivo que determinó á los legisladores españoles á reflejar en las páginas del Código esta institución tan ponderada y atractiva de la viudedad usufructuaria? El temor, la conjetura, la hipótesis acaso, tal vez la realidad de que una prole ingrata no otorgase á su progenitor el lugar preeminente que le pertenece, ó de que un matrimonio infecundo convirtiera la viudez en asilo de toda desventura por el despego de los ascendientes ó colaterales, afines de la viuda que heredarían el patrimonio del cónyuge premuerto.

Hace notar el jurisconsulto Antonio Morales Gómez en su Memoria sobre los principios é instituciones del derecho civil de Navarra, que el usufructo viudal se otorgó primitivamente (*cap. III, tít. I, lib. IV del Fuero general)* en favor del marido infanzón, y después de fijar los derechos y obligaciones del usufructuario, se añadió que si moría el marido y quedaba la mujer, había ésta de gozar del usufructo como aquél, según estaba establecido.

No era, por lo tanto, sigue exponiendo Morales, una atención á la viuda desamparada; no era una parte de la herencia conferida al cónyuge supérstite en con-

sideración al vínculo contraído; era una institución familiar que atendía, sí, á este género de consideraciones; pero además atendía á que la sociedad conyugal no se rompiese totalmente por el fallecimiento de uno de los cónyuges, á que continuase hasta la muerte de ambos sin disolverse la familia, no quedando el viudo ó viuda sin relación ni enlace con los hijos, con separación de bienes como extraños.

Obsérvese que así en Aragón como en Navarra, el usufructo viudal se inspira en una ascendencia histórica que le imprime tonalidad propia, puramente regional. Era punto menos que imposible adaptar á la familia castellana una institución que florece merced á circunstancias particulares de lugar y de tiempo, favorecida por el sentido tradicional que la sucesión de los siglos comunica.

Tampoco podían los legisladores ampararse del derecho catalán, porque allí, como hace notar Durán y Bas en su Memoria, suple al mandato de la ley la fuerza de la costumbre, y, ó bien en las capitulaciones matrimoniales se pacta el usufructo recíproco y condicional de los bienes del premuerto á favor del cónyuge sobreviviente para el caso de fallecer ab-intestato y para mientras éste guarde el estado de viudez, ó el testador en su testamento nombra usufructuario de sus bienes á su consorte con relevación de fianza y mientras se conserve viudo, con obligación de mantener y educar á los hijos. Es decir, que el usage *Vidua*, no obstante su sustitución por la constitución *Hac nostra*, que otorga á la viuda durante el año de luto los alimentos y demás necesario para que viva dicho período con el mismo decoro y dignidad con que la sustentó su

marido, sigue ejerciendo su influjo consuetudinario, merced á la libertad de capitular por razón de matrimonio y á la libertad de disponer por causa de muerte.

Los Vocales de la Comisión de Códigos pretendían llevar á la ley una institución que, sin el carácter consuetudinario de la viudedad catalana ni las reminiscencias regionales del usufructo viudal navarro y aragonés, amparase á la esposa en el estado de viudez, dotándola de independencia económica, que es la mayor de todas las independencias, y elevándola en punto á la renta de que pudiera disponer, al mismo nivel que cualquiera de sus descendientes no mejorados.

De ahí que se estableciera en el Código patrio que el viudo ó viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado ó lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho á una cuota en usufructo igual á la que por legítima corresponda á cada uno de los hijos no mejorados, debiendo detraerse esta cuota del tercio destinado á la mejora de los hijos; y correspondiéndole en usufructo el tercio íntegro al cónyuge supérstite, cuando no hubiere quedado más que un hijo.

Venció también la tendencia de que la cuota viudal usufructuaria variase según el cónyuge premuerto falleciere dejando descendientes, ascendientes ó colaterales. Por esto se dispuso en el art. 836 que no habiendo dejado el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tuviese derecho á la tercera parte de la herencia en usufructo; debiendo entonces sacarse el tercio de la mitad libre. Por último, cuando el testador no dejase descendientes ni ascendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho á la mitad de la herencia.

No anduvieron tampoco muy conformes los Vocales de la Comisión respecto de si las segundas nupcias de la madre debieran ó no hacer cesar el usufructo de la cuota legitimaria que le pertenece por ministerio de la ley, siempre que hubieren quedado hijos del primer matrimonio. Morales Gómez ya asignó este lunar á la institución viudal de Navarra, pero al cabo, sin dejar de reconocer la exactitud de los reparos puestos por los foralistas, vino á predominar el criterio permisivo, si bien atenuado por el art. 839, el cual ordena que, en el caso de concurrir hijos de dos ó más matrimonios, el usufructo correspondiente al cónyuge viudo de segundas nupcias se sacará de la tercera parte de libre disposición de los padres. Con este temperamento armónico, se trató de remediar el daño que recelaban juristas tan distinguidos como García Goyena, Morales Gómez, Alonso y otros.

Mas porque en todo, aun en aquellas instituciones que, cual la que nos ocupa, se nos ofrece coloreada por tornasoles de la más estricta equidad, ha de encontrar el espíritu humano lugar para el descontento y la crítica, no ha faltado algún escritor que con referencia al proyecto de 1851 anatematizara el usufructo viudal. Aludimos á García Goyena, quien en el comentario del artículo 773 del proyecto, dice lo siguiente: »Revocada la base de la Comisión general que atribuía al viudo ó viuda el concepto y derecho de herederos forzosos, aun en concurso de hijos y descendientes, revocada no sólo por ser irregular, monstruosa y chocante con todos los principios que rigen las materias de herencias sin testamento, sino también por haberla hallado impracticable, después de mil y mil combinacio-

nes, se pensó en mejorar la suerte de los viudos por lo tocante á la Corona de Castilla, y en lastimar lo menos posible la de los de Aragón y Navarra.

«Para conseguir este loable objeto, se establecieron los artículos 653 y 1.258 (1). Los momentos en que se otorgan las capitulaciones matrimoniales son de amor y de galantería, á veces hasta de vanidad; los en que se otorga testamento son también de liberalidad, de gratitud, y, sobre todo, de justicia. Ha de ser muy difícil que en uno de estos dos períodos quede en el olvido y abandono el esposo ó esposa dignos de este santo y honorífico dictado.

«Si el difunto consorte hizo testamento y pasó en olvido al que en un tiempo fué objeto exclusivo de su cariño, al compañero de toda su vida, ante Dios y ante los hombres, el legislador debe respetar este triste y forzado silencio; no caben presunciones en este caso, porque hay una voluntad expresa. Pero si murió intestado puede y debe el legislador presumir piadosamente en favor del viudo ó viuda, puede y debe presumir que

---

(1) *Art. 653 del proyecto de 1851.*—Los padres y ascendientes pueden además disponer en favor de su cónyuge en usufructo:

1.° De la cuarta parte de la legítima del hijo si queda uno solo ó descendientes que le representen.

2.° De un quinto de la legítima si deja dos ó más hijos ó descendientes que le representen.

Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad á favor de su cónyuge.

El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo.

Art. 1.258 del mismo proyecto.—Los esposos pueden hacerse donaciones recíprocamente entre sí ó el uno al otro antes de contraer matrimonio, de los bienes presentes ó de los que dejaren á su muerte, siempre que en el caso de ser alguno de ellos menor, se observe lo dispuesto en el art. 1.241.

vivieron y se amaron como buenos esposos, y que el difunto hubiera provisto al bienestar del sobreviviente si hubiera hecho testamento; no se hace, pues, en este caso más que seguir la regla general en esta especie de herencias, que es la presunta voluntad del difunto, deducida del curso ordinario de los afectos humanos.»

Y ¿para qué continuar? Bien se percibe con los párrafos expuestos, que, en sentir de Goyena, la independencia económica del viudo no debería ser obra de la ley, sino quedar al cariño, á la galantería, á la gratitud, á veces hasta á la vanidad del cónyuge premuerto. Doctrina es esta que por lo extraña y anormal no se debe discutir; ella sola se hiere y se critica. Así se concibe que los legisladores del Código actual dejaran en el más merecido olvido la teoría de un jurisconsulto que, sin duda ofuscado, tachaba de inmoral y monstruosa la institución forzosa del cónyuge como heredero, y no vislumbraba los gravísimos defectos y errores de la tesis por él preconizada.

* * *

La segur de la reforma introdújose también por entre los tallos del campo de la filiación ilegítima y de sus derechos sucesorios. Mas no nos hemos de detener en el examen de las alteraciones introducidas. Si, como dice Alonso Martínez en su obra, varias veces aludida, es menester que exista siempre un abismo entre la bastardía y la legitimidad, las reformas no pueden afectar hondamente la situación desgraciada de los hijos de libre ó dañado ayuntamiento. Subsiste el abismo entre la filiación legítima y la ilegítima hasta

en cuestiones de detalle verdaderamente impropias de la seriedad de un Código. Á la cuota forzosa que los hijos de bendición deben heredar, llámasele *legítima;* mas tal apelativo no reza para la porción á que los hijos naturales tienen derecho en la herencia paterna.

Nuestro novísimo Código establece una gradación en la cuota hereditaria de los hijos naturales reconocidos, según sucedan ellos solos, ó concurran con descendientes ó ascendientes legítimos. En el primer caso tienen derecho á la tercera parte de la herencia; en el segundo, á la mitad de la parte de herencia de libre disposición, y en el tercero á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral.

Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales, entre los cuales van comprendidos los incestuosos adulterinos y sacrílegos, sólo tendrán derecho á los alimentos.

* * *

Réstanos, para concluir esta ya larga introducción, decir algunas palabras acerca de la sucesión *ab-intestato*. Si en los artículos que el Código consagra á la expresión y desenvolvimiento de las causas de desheredación, de las mandas y legados, albaceas y testamentarios, bienes reservables, derecho de acrecer, aceptación y repudiación de la herencia, beneficio de inventario, derecho de deliberar, y, finalmente, á la colación y partición, se notan algunas reformas, como,

v. gr., el derecho concedido al testador para hacer por sí propio la partición de sus bienes, no son éstas de tal entidad como para nivelarlas con las que dejamos mencionadas. En cambio, no sucede lo propio con las que se relacionan con la herencia *ab-intestato*. Dos sistemas predominan en ésta: el que pudiéramos llamar familiar, en el cual el principio de la troncalidad suele dejar sentir su influencia, y el de presumir la voluntad del testador, deduciéndola de la intensidad del cariño en orden á la mayor proximidad del parentesco. Mas estos dos sistemas, cuando el espíritu troncal no desvía las sucesiones ab-intestato del cauce de la ascendencia legítima para fertilizar la colateralidad, convergen, se funden en uno solo, y tanto monta afirmar que el legislador se ha guiado por la presunción de la voluntad del testador como por los fueros de la familia legítima.

Siguiendo el Código vigente la gradación del antiguo derecho castellano, llama á la herencia intestada primero á los descendientes, los cuales heredarán por cabeza ó por estirpes, según la distancia á que se encuentren del testador, v. gr., los hijos heredan por derecho propio; los nietos por la representación que ostentan de sus padres.

La línea recta ascendente ocupa el segundo lugar en defecto, claro está, de hijos y descendientes legítimos y con exclusión de los colaterales. Cuando los ascendientes fuesen de ambas líneas, paterna y materna, heredarán por mitad.

A falta de descendientes y ascendientes, son llamados los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión Real. Y en defecto de unos y de otros

suceden los parientes colaterales y el cónyuge, sin que en ningún caso pueda pasarse del sexto grado.

Más allá se presume que la familia se desvanece entre celajes de indiferencia, y surge la personalidad del Estado, no para atraer á sus arcas los bienes sin derechohabiente, sino para repartirlos entre los menesterosos de la gran familia nacional, si bien condicionada la sucesión por el derecho del Municipio y la provincia del difunto, á que sus pobres disfruten también del caudal hereditario.

* * *

Tales son los temas jurídicos que contiene el libro III, quizás el más interesante del Código. Algunos otros debiera comprender, á juzgar y deducir por su enunciado general y por el art. 609, pero el hecho es que forman cantón aparte y que el legislador, después de exponer el derecho sucesorio, quedóse como en éxtasis contemplativo, abstraído ante el misterio de la muerte, sin darse cuenta de que mientras filosofaba sobre los arcanos de ultratumba, surgía un libro nuevo titulado de *Obligaciones y contratos*, y entre sus artículos se acomodaban á su placer los contratos transmisivos del dominio, y la prescripción, verdaderos tránsfugas del tercer libro de nuestro flamante Código civil.

Disposición preliminar.

ART. 609. La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes

se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

Concordancias.—Análogo al art. 548 del proyecto de Código de 1851 y al 606 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—1.° *Ideas generales.*—Antes de otra cosa conviene fijarse en la estructura del art. 609, porque no es fácil encontrar en el Código una disposición de la naturaleza sintética de la que nos va á ocupar, ni que responda menos, dada su condición preliminar, al contenido del libro tercero.

Es sintética porque, á la manera de los tratados doctrinales que se consagran á la enseñanza, principia por enumerar todos los modos por los cuales, en opinión del legislador, se adquiere y se transmite la propiedad y los derechos sobre los bienes, condensando en un rápido enunciado toda la substancia del libro tercero. No responde á su condición preliminar, porque quienquiera que después de leer el epígrafe del libro tercero del Código se penetre del contenido del art. 609, pensará muy cuerdamente que si el libro hállase consagrado á la exposición de los diferentes modos de adquirir la propiedad, y son estos modos, á tenor del artículo preliminar, la ocupación, la ley, la donación, la sucesión testada é intestada, el contrato y la prescripción, todos ellos se desenvolverán jurídicamente dentro del susodicho libro, á la manera que acontece en el Código italiano. No es así. Ni en el libro tercero se mencionan para nada los que debiéramos calificar, en consonancia con la nomenclatura del Código, de modos legales de adquirir y transmitir la propiedad y los derechos que de esta última se disgregan, los cuales hállanse desperdigados por el Código, unidos hipostáticamente con las propias instituciones civiles á que se refieren, ni tampoco se exponen y desarrollan los contratos transmisivos, ni, finalmente, se trata de la prescripción. Es, por

tanto, el art. 609 un preliminar engañoso, un introductor que, olvidado de los recipiendarios, anuncia públicamente como propias del libro tercero, instituciones jurídicas que luego se quedan á la puerta, y despechadas del olvido académico, fundan Liceo libre y punto menos que anárquico, bajo el título subjetivo y personalísimo de «Obligaciones y contratos».

El artículo que comentamos, aparte su carácter simplemente enumerativo, figúrasenos por su estructura una como á modo de esfera, dentro de la cual se contienen los modos de adquirir y transmitir la propiedad. Forma el polo septentrional la declaración de que la propiedad se adquiere por la *occupatio*. El austral constitúyelo el aserto de que así la propiedad como los derechos sobre los bienes se adquieren también por la prescripción. Tienen ambos polos de común, el ser modos exclusivamente adquisitivos; tienen de opuestos, el ser el primero manifestación de un hecho natural, la ocupación; el segundo, reflejo directo de un estado legal, la prescripción; es el eje, la ley en su más amplio concepto; forman la substancia de esta imaginada esfera, los modos adquisitivos y transmisivos, y son, por último, los horizontes sensibles, la propiedad y los derechos que de la misma se desprenden. Pero dejando á un lado artificios retóricos, ¿qué necesidad había de consagrar un artículo á enumerar por vía de presentación los modos adquisitivos y transmisivos de la propiedad? En nuestro sentir, ninguna, y confirman esta apreciación los Códigos extranjeros en su mayor parte. Francia, Italia y la República Argentina siguen la misma línea de conducta que el Código español, pero es, sin duda, más correcto y menos expuesto á omisión, cuando no á error, prescindir de estas enunciaciones rápidas y sin transcendencia positiva. Los Códigos no requieren, como las obras líricas, compases de introducción. Laurent, tratando de disculpar el Código napoleónico de las censuras que por sus inadvertencias y omisiones al exponer los modos de adquirir y transmitir se le han dirigido, manifiesta que todo ello fuera muy puesto en razón y muy en su lugar si se tratase de un manual destinado á la enseñanza, porque entonces la clasificación de los diferentes modos adquisitivos de la propiedad tendría gran importancia.

Generalizando el concepto del jurista belga, dedúcese que un Código ni gana en claridad ni se avalora porque al frente de uno

de sus libros se mencionen los modos de adquirir y transmitir el dominio. Antes, con ello, se da margen á la crítica, como ha sucedido con el [Código Napoleón y está ocurriendo con nuestro Cuerpo sustantivo civil. Los títulos adquisitivos y transmisivos lo son por sí, por su propia condición, y aun cuando el Código no los enumerara en reata, no por eso perderían su naturaleza de tales. Si, pues, se trata de una excrescencia que más bien afea que embellece, y por añadidura inútil, cuando ¶no peligrosa, mejor hubiera hecho el legislador en extirparla del proyecto de 1882, dejando al vigente Código depurado de semejante vicio constitucional.

***

2.° *De los modos adquisitivos y de los transmisivos.*

Tolérennos nuestros lectores una sumaria digresión acerca del término técnico adoptado por el legislador español para calificar los que él llama *Modos de adquirir la propiedad.*

Todos los tonos han sido empleados, cual si se hubiera puesto empeño en implantar la policromía en el tecnicismo jurídico; de tal suerte, que en puridad no sabemos á ciencia cierta si la ocupación, la donación, la sucesión testada y la intestada, el contrato y la prescripción, deben ser filiados como medios, como modos ó como títulos adquisitivos. Parecerá acaso exagerado este aserto, pero ahí van las pruebas. Dice la base 14 de la ley que sirvió de cimiento al Código, que «como *uno de los medios de adquirir* se definirá la ocupación, regulando los derechos sobre los animales domésticos, hallazgo casual del tesoro y apropiación de las cosas muebles abandonadas. Según dicha ley, verdadera placenta del Código, la ocupación es un *medio de adquirir;* y como quiera que al nivel de éste hay forzosamente que colocar los restantes, por cuanto su fin jurídico es el mismo, despréndese en pura lógica que, según la citada base 14, el nombre adecuado es el de *medios adquisitivos.* Si recurrimos al epígrafe que sirve de encabezamiento al libro tercero, leeremos: «De los diferentes *modos de adquirir* la propiedad». Finalmente, si, volviendo á la ley de Bases, repasamos la que lleva el número 20, encontraremos que dice: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como *meros títulos de adquirir* en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio ó de cualquier otro derecho á él seme-

jante». Ahora bien, si los contratos en cuanto transmiten el dominio ú otro derecho similar, y consiguientemente en cuanto generan una adquisición, porque toda transmisión la arguye, deben ser considerados como *meros títulos de adquirir,* no hay causa fundada para que la donación, v. gr., no se la repute de igual manera título adquisitivo. Y he aquí probado cómo con respecto á la *donatio,* por ejemplo, no hay posibilidad de decidir, por lo menos con visos de certidumbre, si es medio, título ó modo.

Y no es esto sólo. Si el contrato por sí es título, al tenor de la base 20, la tradición será el modo; pero nótese que el *modo,* con relación á este caso, procede del maridaje del contrato con la tradición *(por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición:* palabras literales). Y si despertamos en nuestro pensamiento alguna remembranza de artículos anteriores, surgirá la equivalencia establecida por el art. 433 entre título y modo de adquirir. En la plácida corriente de nuestro Derecho civil por los cauces del Código, preséntasenos un remolino donde giran rapidísimamente en círculos concéntricos, confudiéndose, apartándose y volviéndose á confundir, los conceptos jurídicos de medio, modo y título adquisitivo. ¿Distingue el legislador entre modo y título? ¿Funde ambos conceptos en la resultante común de causa adquisitiva, cual sinónima de institución legal cuyo efecto preeminente es el de producir la adquisición ó transmisión de la propiedad? Sánchez Román, distinguido civilista, opta por el parecer primero, acaso por espejismo engañoso que le hace vislumbrar su propia teoría allí donde no hay más que capas de aire, enrarecidas y alternantes sobre la movediza superficie del desierto.

Nosotros opinamos que en el mero hecho de establecer el Código una ecuación perfecta entre la *occupatio* propiamente tal y el contrato, de consuno con la tradición, comprendiendo una y otra causa adquisitiva bajo la aserción común de modos de adquirir, descubre bien á las claras su intención manifiesta de prescindir de la arcaica teoría del título y del modo, adoptando este último término de una nomenclatura mandada recoger por ambigua y confusa, como expresivo, según antes hemos dicho, de causa, razón ó fundamento jurídico de toda adquisición de la propiedad ó de sus derechos derivados.

Para sostener que en el Código patrio, no obstante su espiritualidad en punto á la tradición, palpita la doctrina romana del

título y del modo, fuera preciso antes que nada que esa distinción se manifestase por la nomenclatura adoptada. Y, sin embargo, ni en la disposición preliminar que estamos comentando, ni en los artículos del libro tercero, ni en los del libro cuarto, se vislumbra, á lo menos por la terminología, esa diversificación de los elementos adquisitivos ó transmisivos, en referentes á la raiz jurídica en cuanto toma sus jugos de la voluntad de los estipulantes (título), y la efectividad y manifestación de esas voluntades aunadas, por actos encaminados directamente, *per se*, á realizar la transmisión (modo).

Y no es que nosotros seamos declarados enemigos de la teoría romana del modo y del título. Aun cuando, dado el medio social en que aquel derecho hubo de desarrollarse, es inconcuso que la aludida diversificación encontró un ambiente más favorable, no hay tampoco que negar que con respecto á ciertos contratos, como, v. gr., la donación, la compra-venta, la permuta, y por regla general, todos aquellos cuyo fondo, digámoslo así, hállase constituído por cosas materiales ó por derechos que sobre éstas recaen y de las cuales derivan su utilidad, es factible disgregar los elementos que se refieren á la voluntad como causa determinante y los que afectan á la transmisión en sí misma, bien considerada bajo su aspecto de hecho transmisivo ó de acto virtualmente jurídico, productor de los mismos efectos.

Atemperada la teoría romana material y positiva en su esencia, por el influjo del espiritualismo del derecho moderno, bien puede asegurarse que la doctrina del título y del modo ha venido á encarnar en una abstracción más ideal que real, y por lo mismo más apartada del imperio y jurisdicción de las legislaciones positivas. La mejor demostración que de este aserto podemos ofrecer, consiste en la disparidad de los autores, tan manifiesta, que para unos es título lo que para otros es modo y viceversa. Así, por ejemplo, Sánchez Román expresa que *modo* es la causa específica generadora del dominio ó de otros derechos reales como resultado del concurso de un estado especial en las cosas, de la aptitud y voluntad en las personas y del cumplimiento de las condiciones de la ley; y *título* es todo acto jurídico que da nombre á la adquisición del derecho real, pero por sí sólo es insuficiente para producirlo. Es decir, que para el tan renombrado civilista, el modo produce de una manera inmediata por cuanto deriva en linea

recta y es el más próximo descendiente de la voluntad manifestada jurídicamente en el sentido de la transmisión de una cosa; el título sirve sólo para dar ocasión y pretexto á su adquisición; *el modo es la causa, el título es el medio.*

En oposición, Zaccariœ define el título diciendo que es la causa jurídica, y el modo el hecho por el que se consuma; Laferriere refiere el título á la voluntad y el modo á su expresión; Heinecio ve en el título la causa remota, y en el modo la causa próxima, cuya doctrina sigue literalmente Viso, afirmando que el título es aquella causa por cuya virtud se adquiere sólo un derecho para pedir que otro nos dé ó entregue una cosa á que se obligó, y el modo es aquella otra causa próxima por la cual una persona adquiere inmediatamente el dominio de una cosa y ejerce desde luego los derechos que le son inherentes.

Y á qué seguir enunciando más opiniones. Las expuestas revelan sobradamente la disparidad de criterio de los autores. Los jurisconsultos que siguen la corriente moderna, no desconocen ni niegan que mediante el análisis de la transmisión de los bienes muebles ó raíces y de los derechos que de aquéllos provienen y de los mismos reciben su utilidad, descúbrense esos elementos integrales de la posibilidad legal del traspaso, de su causa primordial en la voluntad y de su efectividad como hecho ya consumado; pero sostienen, y en nuestro sentir con razones solidísimas, que todos esos elementos que por el análisis se disgregan, son coadyuvantes de una acción común, son como productores de un todo, de una resultancia jurídica constitutiva de un modo transmisivo del dominio que, al encarnar en una forma individualizada, genera la institución de derecho.

De aquí que, refiriendo el efecto á la institución, y acaso en esto resida el vicio lógico, se denominan modos de adquirir á la ocupación, la donación, las sucesiones, la prescripción y á la tradición, en correspondencia con ciertos contratos.

La más sólida prueba de que los legisladores españoles han prescindido de puntualizar la distinción entre el título y el modo, abarcando bajo la locución *modo adquisitivo*, y en el concepto genérico de causa, todos los elementos que concurren en la transmisión, estriba en haber negado á la *traditio* propiamente dicha su calidad ingénita de modo, presentándonosla como complemento necesario de ciertos contratos. El Código patrio, desertando de

las crudezas de aquella escuela que, reaccionando contra los rigores formalistas del título y del modo, erige el contrato por sí solo en causa bastante para gererar el dominio, ha adoptado un criterio armónico tan distante de una teoría como de la otra.

En el Código napoleónico hácese constar por el art. 711, que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos ó muertos *et par l'effet des obligations*.

En estas palabras subrayadas ha creído vislumbrar un distinguido civilista, el Sr. Sánchez Román, la prueba de que el Código francés reconoce la insuficiencia de la teoría que convierte el contrato en causa bastante para producir el dominio. No es así. La frase *por efecto de las obligaciones*, quiere expresar, ó que la adquisición del dominio puede surgir de una relación contractual, de una convención libremente concertada, ó de un cuasicontrato. Cuando el dominio se transmite del primer modo, es decir, por el consentimiento, contractualmente, basta el contrato. Prueba de ello, los artículos 1.138, 1.583 y 938 del Código Napoleón.

Declara el primero que *l'obligation de livrer en propriété une chose déterminée rend le creancier proprietaire de la chose des l'instant ou elle a dû être livrée*. Consigna el segundo que en la venta *la propriété est acquise à l'acheteur des quon est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore eté livrée*. Finalmente, manifiesta el tercero de los artículos mencionados que *la propriété d'objets donnés est transferée au donataire par le seul consentement des parties, est sans qu'il soit besoin d'aucune tradition*. A la inversa, cuando la obligación correlativa al dominio futuro de aquel en cuyo beneficio recae, deriva de un cuasicontrato ó de un contrato sin determinación específica de cosa, requiérese la *traditio* como modo de ejecución. Y en esta interpretación están conformes los comentaristas franceses, y tal fué también el sentir del Consejo de Estado, porque preguntando Cambacères por qué la tradición no figuraba entre los modos de adquirir la propiedad, hubieron de responderle Treilhard y Tronchet que la tradición no es sino el modo de ejecutar una obligación, y que en tal sentido, quedaba comprendida entre *los efectos de las obligaciones*.

Optamos por el criterio armónico del Código patrio, más conforme con los principios y más en concordancia con la realidad.

Expuestas las consideraciones que anteceden, veamos ahora rápidamente las diversas clasificaciones que los expositores anti-

guos y modernos han ideado para agrupar metódicamente los modos adquisitivos de la propiedad.

a) Por razón de su origen jurídico se han dividido los modos de adquirir en de derecho natural y de derecho civil. Son los primeros aquellos cuya raíz se encuentra en la naturaleza y respecto de los cuales la ley se ha limitado á reconocerlos.

En este grupo colocan los autores la ocupación y la tradición. Son los segundos, aquéllos, como dice Viso, que la ley civil ha establecido de por sí, tomando en consideración ciertos antecedentes que hacen justa y razonable su institución. Entre los modos civiles se incluyen las sucesiones, la donación, y la ley en cuanto se la considere con error como modo singular de adquirir. También cabe comprender la percepción de frutos contractual (Código argentino). Algunos civilistas admiten una tercera categoría que califican de modos mixtos, ó sean tomados del derecho universal de gentes; pero organizados, completados ó ampliados por la ley civil. Son estos modos mixtos la accesión y la prescripción.

b) Por razón de las relaciones personales que arguyen se han dividido en originarios y derivativos. Originarios, cuando el hombre para la adquisición de la cosa actúa directamente sobre la naturaleza, sin consideración á ninguna relación de dominio anterior al acto ocupativo; ejemplo característico y único: la ocupación. Derivativos, cuando la adquisición acusa y requiere un estado de dominio preexistente y necesario: ó, como dice el antes citado Viso, cuando se transmite de una persona á otra el dominio que ya la primera había adquirido.

Estos modos derivativos revisten un doble aspecto, puesto que son al mismo tiempo adquisitivos y transmisivos.

c) Por razón de la entidad de la transmisión se clasifican los modos adquisitivos en universales y singulares. Por los primeros se transmite la totalidad de un patrimonio ó parte de él; pero entiéndase bien, integralmente, esto es, con sus derechos y obligaciones, con su activo y su pasivo, con sus créditos y sus débitos. La sucesión hereditaria es el único tipo que presenta el derecho. Por los segundos se traspasa el dominio de una ó más cosas determinadas. Entre los modos singulares cabe citar la ocupación, aunque por ello pierda su cualidad de originario, la donación, el legado, la sustitución fideicomisaria singular, todos los contra-

tos transmisivos en los que juega papel complementario la *traditio*, y la posesión rodeada de los requisitos legales en cuanto éstos determinen jurídicamente la prescripción.

Tales son, expuestas á título de curiosidad, las principales clasificaciones que los expositores han hecho de los modos por los cuales se adquiere y transmite el dominio.

A) La ocupación.—Principia el art. 609 declarando que la propiedad se adquiere por la ocupación. Dicho así, en términos generalísimos, no parece sino que el legislador ha querido dar á entender que sin ocupación no hay propiedad, y, sin embargo, nada más distante de la exactitud. Es, ciertamente, la ocupación uno de los modos adquisitivos del dominio, pero su esfera de acción es reducidísima, como quiera que se contrae á los bienes apropiables por su naturaleza y que carecen de dueño. La ocupación, por lo tanto, puede considerarse y estudiarse bajo un doble aspecto: ó como manifestación de la actividad en todos los modos por los cuales se realiza la transmisión de una cosa á título singular ó universal, ó como hecho que por sí sólo y por la circunstancia de recaer sobre una cosa *nullius* determina un dominio pleno, sin duda por aquello que dijo Gayo de que «*quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.*» *Dig., ley 3.ª, tit. I, libro XLI, De adquirendo rerum dominio.*

En su primera fase, la ocupación, como acto aprehensor, se suma con la tradición en los contratos transmisivos de alguna cosa corporal, y con la posesión natural en aquellos otros contratos que, como el arrendamiento, el comodato, el depósito, la prenda, requieren para su complementación y utilidad de la posesión real y efectiva de la cosa arrendada, pignorada, etc. En su segundo aspecto, la ocupación tiene personalidad jurídica independiente y genera *per se*, el dominio de la cosa ocupada. Así es como el Código la considera y estudia, y así también la consideraremos y estudiaremos al comentar el título primero del libro cuyo estudio comenzamos.

B) La ley.—La ocupación como modo originario, contráese con exclusividad á la adquisición de las cosas muebles, abandonadas y susceptibles por su naturaleza de una relación de propiedad

Respecto de los modos derivados, la sana crítica desde luego distingue entre los *intervivos* y los *mortis causa*, y en estos últimos entre los universales y los singulares.

La sucesión, así la testada como la intestada, y el contrato, comprendiendo, según es consiguiente, la donación, constituyen como á modo de grandes paréntesis dentro de los cuales se encierra y desenvuelve toda la doctrina relativa á los modos adquisitivos derivados de la propiedad.

Pero lo que la sana crítica no descubre ni distingue es bajo qué aspecto puede la ley ser considerada como un modo civil de adquirir. Dice el docto catedrático Sr. Falcón que la ley regula los modos de adquirir, pero ella en sí no es modo. La ley sola con sus preceptos nunca determina la adquisición y transmisión de la propiedad. Para que la adquisición ó la transmisión tengan lugar, siempre, á los preceptos de la ley ha de agregarse el acto del hombre. Sin la concurrencia de este acto, la ley sola carece de virtualidad para transmitir el dominio ó un derecho real cualquiera».

Las palabras del aludido autor son por todo extremo juiciosas y meditadas.

La ley es en último término algo así como la raíz fundamental de toda adquisición civil, en el sentido de que si ésta se realizara contra los modos reconocidos por la ley, sería violenta y nula; mas por esto mismo no es factible equiparar la ley como causa universal de toda adquisición jurídica con las causas singulares tales como la donación, la compra-venta, el legado, porque tanto valdría como confundir los grados en esa escala descendente que partiendo de la ley, tronco común, se diversifica por los que pudiéramos llamar títulos adquisitivos, y aun se ramifica y esparce por los modos propiamente tales, v. gr., la tradición con respecto á la compra-venta.

La consideración de la ley como modo adquisitivo no deriva de la doctrina de los Códigos, sino de las opiniones particulares de los autores, y más principalmente de los comentaristas del Código Napoleón. Que no deriva de los Códigos, lo prueba un ligero examen de los mismos. El Código francés, art. 711, entre los modos adquisitivos menciona solamente la accesión y la prescripción, y entre los adquisitivos y transmisivos la herencia, la donación y el contrato. Cercena la accesión, pero agrega la ocupación el Código italiano, respetando intacta la segunda categoría de los modos dúplices, ó sean adquisitivos y transmisivos. La República Argentina, más pródiga acaso por más joven, men-

ciona en su Código la apropiación, la especificación, la accesión, la tradición, la percepción de frutos, la sucesión y la prescripción. Y á qué seguir enumerando; ni Holanda ni Portugal, ni Colombia, ni el Urugüay, ni Chile, ni ninguno de los Códigos más frecuentemente consultados, sacan de su plácido reposo á la ley para hacerla figurar en comitiva al lado de la ocupación, de la sucesión y del contrato. Bien es verdad que la mayor parte de los Códigos enumerados prescinden de revistar por anticipado los modos adquisitivos tal cual lo hace nuestro art. 609, presentándolos en columna de honor.

Pero es más: ni el proyecto de 1851 en su art. 548, ni el de 1882 en el 606, se acordaron para nada de la ley.

El vigente Código, acaso tomando por peregrino é inexplicable olvido lo que debió sin duda ser producto de detenida reflexión, ha vuelto por los pretendidos fueros de la ley, otorgándole la categoría de modo adquisitivo y colocándola en el lugar de preferencia.

Dice Celso que *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem (ley 17, tit. III, libro I, Dig.)*, frases las transcritas que vienen como de molde, toda vez que si por las palabras y no por la mente del legislador, tratara de descubrirse el alcance de la mención de la ley como modo adquisitivo y transmisivo, acaso cayérase en error.

La ley es, según ya hemos dicho, el modo universal (y perdónesenos la impropiedad del tecnicismo), como quiera que consagra y reconoce los modos singulares, ó lo que lo mismo, las instituciones jurídicas, por cuya virtud y por los hechos de los hombres la propiedad se transmite de unos en otros. Pero no es éste el sentido en que la menciona el Código patrio en el artículo que estamos comentando, sino otro muy diferente.

Realízanse ciertas transmisiones de la propiedad ó de los derechos que de ella se disgregan como partes de un todo, no por la voluntad de un determinado individuo, ó lo que es lo mismo, por prestación unilateral, v. gr., el testamento, la donación; ni tampoco por el concierto de dos albedríos, traducido en una mutualidad de prestaciones (contrato bilateral), sino por ministerio de un texto positivo y sin hecho del hombre que por manera directa é inmediata se encamine á lograr la adquisición de la cosa ó del derecho. Verdadero prototipo de este linaje de adquisicio-

nes por declaración de la ley, citado además en demostración de su aserto por los juristas franceses, es el usufructo que los padres tienen sobre los bienes que forman el peculio del hijo no emancipado. Otro ejemplo nos ofrecen las servidumbres denominadas legales, las cuales se crean y constituyen, no por el concierto de las voluntades, sino por la declaración de la ley en consonancia con la naturaleza de las cosas en cuanto su utilización ó mayor provecho imponen limitaciones del derecho de los demás. Al nivel de estos modos adquisitivos y por el mismo fundamento jurídico, pueden colocarse sin el menor desdoro, los intereses legales, cuya raíz, si bien se nutre del débito por solventar, no deriva por línea recta ni de ocupación, ni de donación ni de testamento, ni de contrato, mediante la tradición; la percepción de los bienes gananciales por el cónyuge superviviente; las mejoras voluptuarias introducidas por el poseedor de mala fe, cuyas mejoras hácelas suyas el propietario por el único influjo de una declaración legal. Y tomando ejemplos de los autores extranjeros, puede citarse, según Laurent, el caso del río que abandona su primitivo cauce, puesto que los dueños de las fincas nuevamente ocupadas hacen suyo por vía de indemnización el cauce antiguo, caso éste sin semejante en el derecho español; según Marcade, la adquisición de los objetos arrojados por el mar y de las plantas y hierbas que crezcan en sus riberas; según Toullier, la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos, etc.

En los ejemplos expuestos por vía de enunciado demostrativo y en otros que podrían citarse seguramente, no concurren las propiedades jurídicas de los modos adquisitivos señalados por el artículo 609, porque ni los actos del sujeto se proponen como fin inmediato la transmisión de la propiedad, ni se nos ofrecen prestaciones unilaterales ó recíprocas, bien su causa determinante resida en la liberalidad más espontánea (donación) ó en la obtención de un lucro ó ventaja (compra-venta).

Mas como quiera que, aun sin el hecho y la palabra del hombre, según dice la *regla 13 de la* 7.ª *Partida*, la transmisión de la propiedad se realiza jurídicamente, y lo que fuera dominio nuestro pasa por la eficacia é imperio de un texto legal al dominio de otra persona, compréndese que la duda germinara en la mente de los jurisconsultos, y aun se concibe mejor que, refiriendo por un fenómeno mental muy frecuente, el efecto generado á la causa

generadora y en contemplación á la unidad, atribuyeran á la ley todos esos modos particulares, por virtud de los cuales la propiedad se adquiere sin que el hecho y la palabra del hombre se propongan dicha transmisión como finalidad inmediata.

Así sin duda alguna fué concebida y vino al mundo del derecho positivo la ley, en la encarnación de modo adquisitivo y transmisivo del dominio.

Explicado queda el alcance y sentido de la mención de la ley por el art. 609. Mas expuesto lo que nos tocaba decir como comentaristas y para la comprensión del texto legal, séanos ahora permitido cuatro rasgos críticos.

Por de contado persistimos en nuestra anterior afirmación. Ni nos convence Laurent expresando que hay casos en los cuales la propiedad se adquiere en virtud de la ley, sin que intervenga la voluntad del hombre, ni nos persuade Marcade sosteniendo que, aun cuando todos los modos de adquirir vienen de la ley en el sentido de que ella es la que les autoriza y consagra su eficacia, esto no rige respecto de aquellas otras adquisiciones cuya causa radica exclusivamente en la voluntad del legislador, quien, en vez de permanecer pasivo consintiendo la transmisión de los derechos, actúa operando directamente.

Sin ir más lejos, en el mismo artículo que comentamos hállase la demostración de lo convencional, y por ende de lo arbitrario que resulta erigir la ley en modo civil de adquirir. Reconoce el art. 609 que por la sucesión intestada la propiedad se adquiere y se transmite. Mas ahora bien: ¿acaso en la sucesión ab-intestato interviene el hecho y la palabra del hombre como en la testamentaria? ¿No es la voluntad de los legisladores ó el ministerio de la ley, llámese como se quiera, el que, á virtud de racionales presunciones, decide que los bienes se encaminen por una determinada senda y pasen al dominio de ciertas personas ligadas por parentesco con el causante? ¿Quién sino la ley adjudica la herencia á los establecimientos de beneficencia y enseñanza en defecto de parientes del fallecido sin testar? ¿Qué otro resorte sino la existencia de un texto legal es el que anima y mueve todo el complicado mecanismo de la sucesión intestada?

¿Y qué razón poderosa cabe aducir para diversificar este caso de aquel otro del usufructo que perciben los padres del peculio de sus hijos no emancipados, y asignarle al primero la categoría

de modo adquisitivo independiente y con órbita de acción propia, y en cambio prescindir del segundo, sumándolo como gota de agua en el mar profundísimo de la ley?

Porque si el usufructo legal de los padres subsiste á virtud de una declaración positiva y por el influjo de un supuesto racional, cual es el de compensar de algún modo los desvelos y solicitudes que la crianza y educación de un hijo proporciona, del mismo modo la sucesión ab-intestato prevalece de generación en generación por el reconocimiento del legislador, y asimismo por la influencia poderosísima de una presunción tan racional y humana como es la de que la intensidad del cariño, y por ende el deseo de favorecer, hállase en razón directa de la proximidad de la sangre.

Y véase cómo es el mismo legislador el que inconscientemente proclama su error, contradiciéndose sin escrúpulos y patentizando su ligereza.

Si el ser y el no ser pudieran coexistir, cabría el caso de que la ley, causa universal, fuera al mismo tiempo causa particular, ó dicho en otros términos, de que ejerciese oficios de progenitor y generado, de ascendiente y descendiente. La ley no ha sido, no es, no será nunca modo civil de adquirir la propiedad; lo han sido, lo son y lo serán las instituciones jurídicas recogidas y sancionadas por la ley, llámense ocupación, accesión, especificación, donación, testamento, sucesión ab-intestato, usufructo ó percepción de frutos, como dice el Código argentino, servidumbre legal, compra-venta, permuta, censo, adjudicación al Estado de bienes mostrencos ó prescripción.

Cada uno de estos tipos jurídicos y otros no mencionados, constituye un título legítimo de adquisición de la cosa, en su substancia íntegra, de los agregados de la cosa ó de los derechos que de la misma se desmembran, en esa concepción panteísta, digámoslo así, de la propiedad, cuando se la considera difusa, atomizada, esparcida en sus elementos componentes.

La ley es, valga la expresión, como el cañamazo donde se nos presentan bordadas todas esas instituciones jurídicas, pero no es por sí una institución civil mediante la cual se adquiere y transite la propiedad.

Y sin detenernos en más razonamientos que pugnarían con la índole de la publicación y fatigarían el ánimo procurando ratificar y comprobar una demostración ya lograda en nuestro sen-

tir, pasemos, siguiendo las mismas veredas del legislador, á ocuparnos de la donación como modo civil de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes.

C) La donación.—Es la donación, según expresa el art. 618, un acto de liberalidad por el cual, una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta.

Sin la aceptación por el donatario, ni se perfecciona ni produce efecto la donación.

Finalmente, si la donación es verbal y de cosa mueble, requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Si, por el contrario, es de cosa raíz, exige para su validez el otorgamiento de escritura pública, con expresión individual en ésta, de los bienes donados y del valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

Esto sentado, compréndese que la donación como modo civil de adquirir refluye en los contratos, puesto que no es sino uno de éstos cualificado por la nota característica de la gratuidad.

Para ser lógico el legislador, debió mencionar también como modo adquisitivo al legado, y sin embargo, lo omite, considerando que por su naturaleza de disposición *mortis causa*, queda comprendido dentro de la sucesión testada. Igual razonamiento debió presidir en punto á la donación con respecto á los contratos, de proceder por identidad de pensamiento.

El artículo que comentamos refiérese á la donación, sin aludir á ninguna de sus especies, mas como el Código admite las llamadas *mortis causa*, equiparándolas á los legados, no hay para qué expresar que la mención de las donaciones como modo de adquirir y transmitir la propiedad se contrae á las *inter vivos*.

Falcón sustrae también la donación de los modos señalados por el Código, sumándola en los contratos. Desde el punto de vista de la unidad de naturaleza y filiación jurídicas, el docto catedrático de Barcelona procede con sumo acierto en la eliminación, porque por mucho que se sutilice y alambique, no hay medio de clasificar la donación entre los actos solemnes, aunque se diga, como el malogrado Navarro Amandi, que el requisito de la aceptación por el donatario no es suficiente para comunicarle naturaleza contractual; ni mucho menos en cierta especie inventada de contrato *sui generis*, sino entre los contratos propiamente tales por su substancia y sus cualidades.

Mas si se medita que la donación, aun cuando de naturaleza contractual perfecta, forma cantón aparte con radio ó circunscripción privativa donde se desenvuelve y manifiesta por sus especies de onerosas y remuneratorias, justifícase en cierto modo la inclusión de la *donatio* en su categoría de modo adquisitivo civil.

Bien es verdad que entonces el Código no debiera, al tratar de los modos contractuales, referirlos á la unidad típica y matriz del contrato, sino especificarlos por sus nombres propios, de compraventa, permuta, renta vitalicia, censo, etc.

Pero sea de ello lo que quiera, lo cierto es que el Código en el art. 609 menciona la donación, y aun cuando el precepto, como ya hemos visto, es simplemente enumerativo y carece de todo otro valor, procedía, dada la exégesis que nos guía en nuestra ruta, dejar aquí apuntados estos cuatro trazos que más adelante alcanzarán su propio y natural desenvolvimiento.

D) La sucesión testada y la intestada.—Mientras en el orden de las relaciones sociales subsista la familia, y la propiedad continúe organizada bajo el régimen de la individualidad, el derecho sucesorio tendrá que prevalecer y figurar en los Códigos como atributo del dominio y como manifestación del deber de la asistencia connatural con los sentimientos y afectos que toda ley de sangre lleva consigo. Concebir un dominio individual, erigir en atributo del mismo la libre disposición y borrar esta facultad en el momento que el hombre, en contemplación á la muerte, ordena la transmisión de su patrimonio en beneficio de aquellas personas con quienes le liga parentesco, amistad, agradecimiento, sería ciertamente una inconsecuencia y una falta de lógica latentes.

Si la herencia testada ó intestada es la que regula la transmisión de los bienes por causa de muerte; si es, digámoslo así, la institución civil por cuya virtud el patrimonio del testador pasa al dominio de sus herederos, es indiscutible que en la sucesión hereditaria ó ab-intestato tiene que reconocer el legislador un modo de adquirir la propiedad.

Si rompiendo los vínculos de la tradición romana, de nuestros expositores y de la mayor parte de los Cuerpos civiles modernos, el Código hubiera dejado de considerar la herencia como un ente que salva el barranco de la muerte, y por el cual transita

la ficción civil de la personalidad del difunto como sombra medrosa escapada de las ruinas romanas, y al propio tiempo los bienes del testador pasan al dominio del heredero; si estimada la herencia en su aspecto subjetivo y como institución civil que complementa la propiedad individual, hubiérasela concedido feudo aparte, acaso podríase prescindir de considerarla principalmente como modo adquisitivo del dominio, pero apreciada objetivamente, como medio, como instrumento, como sanción legal de la transmisión de bienes que el hecho de la muerte lleva consigo, no es factible negarle, ni aun siquiera poner en duda su categoría indiscutible de modo universal de adquirir como reverso de la ocupación, la prescripción, la donación y determinados contratos mediante la tradición, que son todos ellos modos singulares.

Ya el jurisconsulto Gayo, en su Instituta, inició esta división, y así se observa en el § *97, preliminar del tit. II del libro II:* «*Videamus itaque nunc, quibus modis, per universitatem res nobis adquirantur.*» «Veamos ahora cómo *se adquieren las cosas por universalidad.*»

Los expositores de nuestro antiguo derecho han venido siempre distinguiendo los modos denominados universales de los singulares; y entre los autores del presente siglo, adoptan esta distinción Laserna, Viso, Gutiérrez, Sánchez Román, etc. ¿Qué mucho que el Código, influído por esta tendencia tan antigua en nuestros juristas, se haya decidido á incluir la sucesión testada y la intestada entre los modos de adquirir la propiedad? ¿No la consideró de igual manera el proyecto de 1851? ¿No comprendieron también la herencia entre los modos adquisitivos los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Guatemala, etc?

Aceptemos el hecho y prescindamos de más disquisiciones sobre un tema incoloro y sin ninguna transcendencia en la vida del derecho positivo.

E) Por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. La mayor demostración de que el Código patrio estima los modos de aquirir el dominio como sinónimos de causa jurídica, de institución de derecho por virtud de la cual se realiza la transmisión de la propiedad, es el enunciado que acabamos de transcribir, copiado literalmente del art. 610. Si el legislador español hubiere querido distinguir entre el título y el modo, entre la raíz en la voluntad y la efectividad en el hecho, incompatible, en nues

tro sentir, con una concepción espiritual cual la del derecho de nuestros días, no habría mencionado entre los modos adquisitivos á la tradición como medio, en consonancia y relación con ciertos contratos, sino á la tradición pura y simplemente como modo por derecho propio. Al iniciar el maridaje de determinados contratos transmisivos con la tradición, percíbese claramente la intención de concretar la causa, el motivo, la raíz jurídica de la adquisición, en una resultancia única, llamada impropiamente modo, y no en la dualidad de un título y un modo. Por esto añade: «*y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*», es decir, por el efecto legal de un contrato en conjunción con la realidad de la *traditio*. Y si á esta conjunción legal, capaz de producir una transmisión del dominio, y, por ende, una adquisición, se la califica categóricamente de modo, ¿de dónde cabe colegir que en el Código patrio se vislumbran, por lo menos en embrión, las distinciones romanas de modo y de título?

Hay, en efecto, ciertos contratos á los cuales alude sin mencionarlos el art. 609, v. gr., la compra-venta, la permuta, la renta vitalicia, la enfiteusis, el censo reservativo por cuya virtud se transfiere el dominio de una cosa mueble ó raíz. Todos estos contratos transmisivos requieren la entrega de la cosa, el traspaso del bien vendido, permutado, cedido en renta vitalicia, de manos del vendedor ó cedente á las del comprador ó cesionario. Al legislador no se le obscureció este extremo; vió clara la distinción entre el contrato, propiamente dicho, en cuanto por la conformidad de las voluntades genera el consentimiento y el eco necesario de ese contrato en la vida de relación; los antiguos elementos componentes del título y del modo no se le fueron por alto, pero, al propio tiempo, contrastó la diversidad de los tiempos, y comprendiendo que la materialidad formalista del derecho de Roma no podía implantarse con carácter absoluto en un derecho donde, por lo que respecta á los inmuebles, rige con verdadero despotismo el principio de la inscripción, y por lo que afecta á las cosas muebles, la tradición se suple por el otorgamiento de un título instrumental, prescindió de diversificaciones arcaicas y fundió, como antes hemos dicho, en la unidad positiva de causa legal, valiéndose para su expresión de la palabra *modo*, la dualidad de los elementos que la integran.

Respecto de cuáles sean esos contratos por cuya eficacia y me-

diante la tradición se transmita ó adquiera el dominio, ya quedan indicados. La compra-venta, la permuta, la renta vitalicia, la enfiteusis y el censo reservativo.

F) La prescripción.—Dice el art. 1.930 que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

Quien, profano en el Derecho, tratara de dilucidar cuál es el fundamento sustancial, la naturaleza intrínseca de la prescripción, tan sólo averiguaría que ésta es un modo jurídico por cuya virtud se adquieren el dominio y los derechos reales. Pero con esto le bastaría para comprender que, siendo el art. 609 un precepto enumerativo de los modos de adquirir la propiedad, no podía faltar la preescripción en la revista de comisario que el susodicho artículo se complace en pasar innecesariamente. Dijo el más grande hablista del siglo XVII que, en la naturaleza, cada cosa engendra á su semejante. El art. 609, de todo punto innecesario en el Código, no podía dar de sí más que esa lechigada de medios, modos ó títulos (porque aún su naturaleza no se halla por completo exclarecida) que bulle y se revuelve, sin otro fin ni resultado positivo que marear y confundir al investigador.

El art. 609 es el arquetipo del quietismo en el derecho escrito; artículo de vitrina, de mero ornato y recreo, huelga y holgará, mientras sea norma de los Códigos que cada precepto despeje una incógnita, resuelva una duda, llene un vacío, satisfaga una aspiración sentida cuando no reflejada ya por el imperio indomable de la costumbre. Porque, ¿cuál de los conflictos jurídicos que la imaginación más avisada pueda suponer se resolverá por el artículo 609? ¿qué litigio habrá de decidirse por su precepto?

Pero, además, el inciso último del artículo que estudiamos es incorrecto en su expresión.

El dominio y los demás derechos sobre los bienes no pueden adquirirse *por medio de la prescripción.* La prescripción es modo adquisitivo en cuanto sanciona jurídicamente la *possessio*, siendo apta la cosa, poseída de buena fe, con título justo y por el tiempo determinado en la ley, *res apta, bona fides, et titulus quoque possidens juste, completo tempore legis;* mas la prescripción en sí, virtualmente considerada, es un efecto que en modo alguno puede apreciarse como modo adquisitivo *per se,* sino conjuntamente con la posesión revestida de las condiciones hace un momento expresa-

das. El mismo Código lo comprende así en el art. 1.930; y por esto dice: «por la prescripción se adquieren, *de la manera y con las condiciones determinadas en la ley*, el dominio y demás derechos reales».

Si la lógica hubiera inspirado los textos de la ley civil que hoy nos rige, el último párrafo del artículo debiera haberse redactado en esta ó parecida forma:

Pueden también adquirirse la propiedad y los derechos reales sobre los bienes por la posesión revestida de las condiciones legales necesarias, siempre que por el concurso de éstas se determine jurídicamente la prescripción.

Sirva lo expuesto de comentario al art. 609, y perdonen nuestros lectores si la glosa nos ha resultado incolora y desustanciada. La sequedad y la aridez de un precepto insignificante no es medio apto para que la crítica pueda florecer.

TÍTULO PRIMERO

De la ocupación.

Consideraciones de índole general.—Aunque el Derecho en su más vasta y generalizadora concepción es un producto de la razón humana, y por esto se dice que el Derecho ha sido creado por el hombre y para el hombre, no ha podido jamás sustraerse de la influencia, de esa instintiva enseñanza de la naturaleza que, observada por los juristas del pueblo romano, fué erigida con error de concepto en feudo jurídico, y vino á manifestarse por boca de Ulpiano con aquellas palabras del Digesto: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit (ley 1.ª, § 3.º, tít. I, lib. I),* también recogidas por la Instituta, aun cuando no estampadas por Gayo en el fragmento I, comentario I de sus Instituciones.

Los jurisconsultos romanos pensaron, sin duda, que los actos que el hombre ejecuta siguiendo los impulsos de su naturaleza, pertenecen á un orden de relaciones que tiene su asiento en la animalidad, digámoslo así, y no en la racionalidad. Por esto el mismo Ulpiano, después de definir el llamado derecho natural, pone como ejemplo la conjunción del macho y de la hembra, y la procreación y educación de los hijos, porque *videmus,* dice, *etenim cetera quoque animalia,*

feras etiam, istius iuris peritia censeri, esto es: porque vemos que los demás animales, y hasta las fieras, se gobiernan por este derecho. Mas los juristas romanos, al vislumbrar en el orden de las relaciones puramente naturales el elemento de la animalidad, y constituir sobre esta base antijurídica un derecho llamado por ellos *natural,* de sobra comprendieron que las enseñanzas de la naturaleza en ese aspecto grosero y material que con rasgos de comunidad se nos ofrecen en el hombre y en la bestia, no eran materiales apropiados para construir instituciones civiles. Así se explica que en la *occupatio,* institución que tantos puntos de contacto tiene con el orden natural, vieran los romanos en un principio un modo adquisitivo, considerándolo perteneciente al *jus gentium* (1), por tenerlo también, como dice Sumner Maine, las sociedades inmediatas. En la ocupación, como modo de adquirir natural, aun cuando por influencia de la evolución jurídica se incluyera entre las prescripciones de la naturaleza, siempre dominó el elemento de la racionalidad, y por esto Gayo dijo en la *ley 3.ª, tit. I, libro XLI, Digesto, De rerum quotidianarum sive Aurearum: Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur,* es á saber, lo que no pertenece á nadie, por *razón natural* se le concede al que lo ocupa. Y por esto también, el mismo Gayo añadió: *Omnia igitur animalia quae terra, mari, cello capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces capientum fiunt.*

---

(1) *Gaius.—Lib. II, Rerum quotidianarum sive Aureorum (Digesto, De adquirendo rerum dominio, ley 1.ª).* «*Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines per aeque servatur.*»

La teoría de la ocupación, tal cual la encontramos desenvuelta en los monumentos legales de la época Justiniánea, es la misma que hoy consignan los Códigos de Europa y América. Y no sólo esto: del germen de la teoría romana de la ocupación han nacido, como perspicazmente hace notar Sumner Maine, nada menos que el derecho internacional moderno sobre presas de guerra y sobre adquisición de soberanía en los países descubiertos. Recuérdese á este propósito, que ya el jurisconsulto Gayo expuso que lo que se toma á los enemigos se hace también del que lo coge por derecho de gentes. «*Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt.*» (*Digesto, ley 5.ª, § 7.º, De adquirendo rerum dominio.*)

El germen de la teoría romana de la ocupación ha sido fecundo en su desarrollo, porque de entre sus muchos tallos no puede echarse en olvido el que con florescencias filosóficas ha pretendido ver el origen de la propiedad individual en la ocupación de las tierras por los hombres primitivos.

Nada tan propio en el campo de la jurisprudencia especulativa como imaginar que, no siendo el suelo de nadie, en el estado natural, la ocupación del mismo viniera á constituir un título al disfrute exclusivo; y este hecho, repetido en los diferentes continentes á medida que se fueron poblando, diese origen al derecho de propiedad individual.

Repetimos que en los límites estrechos de una disquisición de gabinete, el raciocinio anteriormente apuntado es el que como por intuición construye el pensamiento, aun sin las sujestiones é influencia de la teoría de los jurisconsultos romanos y de los escri-

tores que escribieron sobre propiedad en los últimos siglos, Grotius, Puffendorf, Blackstone. Y eso que este último, adoptando un temperamento medio, admitía que la tierra era común, pero por derecho natural y por razón, el primero que usaba una cosa adquiría sobre ella cierta propiedad, aunque pasajera; una especie de posesión que duraba lo que la necesidad que se intentaba satisfacer, descansar, ponerse á la sombra, etc. Luego, el aumento de los hombres hizo preciso concebir la idea de una propiedad más duradera, apropiándose el individuo, no sólo el uso inmediato, sino la substancia de las cosas. Con razón ha sido acerbamente criticada esta teoría, diciendo de ella Arhens que la ocupación por sí sola, no siendo seguida de la apropiación por el trabajo ó la industria, rara vez ha sido reconocida como título de propiedad. Y añade, como la tierra está destinada, no sólo á ser ocupada, sino trabajada ó transformada por la industria, los pueblos más adelantados tuvieron razón para no reconocer en las hordas salvajes que pueblan un territorio, un derecho absoluto de propiedad fundado en una ocupación vagabunda que no echó ninguna raíz en el suelo.

Más importancia y más profundidad tienen los argumentos aducidos por Sumner Maine al sostener que la vulgar idea de la importancia que tuvo la ocupación en los primeros períodos de la cultura, es contraria á la verdad. He ahí lo que el indicado escritor mantiene: «La ocupación es una toma de posesión natural y consciente, y la ocasión de que este acto sea un título de propiedad de las cosas *nullius*, lejos de formar un carácter de las sociedades primitivas, debe ser con-

secuencia de una jurisprudencia madura y de un estado avanzado de derecho.

Que la simple posesión confiera al primer poseedor la propiedad de las cosas sin dueño, no ha podido ocurrir sin estar ya sancionado con una larga inamovilidad el derecho de propiedad, y sin ser antes de propiedad privada la mayoría de las cosas aprovechables. El sentimiento que informa esta doctrina es incompatible con el estado de incertidumbre del derecho de propiedad en los comienzos de la civilización. *La verdadera base ha debido residir, no en una tendencia instintiva hacia la institución de la propiedad, sino en la presunción nacida del largo ejercicio de esta última, de que todo objeto debe tener un propietario.*

Al tomar posesión de una cosa *nullius* que no tenía dueño ó no lo había tenido nunca, se permite al poseedor hacerse propietario, suponiendo que todo objeto útil debe disfrutarlo alguien, y que en este caso el alguien único es el ocupante. En resumen, éste se hace propietario por presumirse que todas las cosas deben ser propiedad de alguno, y que nadie tiene más derecho que él á la cosa ocupada".

Los anteriores conceptos del ilustre Profesor de la Universidad de Cambridge, á los cuales asentimos en absoluto, nos relevan de todo ulterior razonamiento.

* * *

La ocupación en el derecho público internacional.— Hemos dicho antes que de la teoría romana de la ocupación ha surgido en el moderno derecho internacional la doctrina sobre la adquisición de soberanía en

los países descubiertos. Como quiera que en el derecho público y en el privado, el núcleo de las instituciones consagradas á la adquisición de la propiedad (modos adquisitivos) es el mismo, hállase plenamente justificada esta breve excursión, más bien narrativa que crítica.

Dice Fiore que los modos generalmente reconocidos para adquirir ó modificar la posesión territorial son *la ocupación,* el tratado y la conquista; y añade que la ocupación es el mejor de todos los títulos, cuando puede verificarse sin perjudicar los derechos ajenos, y cuando se ejerce de hecho con intención de adquirir el derecho de poseer las cosas con exclusión de cualquiera otro.

En la expresión de este concepto hállanse como estereotipadas las cualidades asignadas por Pothier á la ocupación civil, al sostener que es aquel título por el cual se adquiere el dominio de una cosa que no pertenece á nadie, aprehendiéndola con intención de adquirirla.

Con pocas variantes, estas mismas cualidades son las mencionadas por el Barón de Neumann, puesto que asigna á la ocupación las siguientes condiciones:

1.° La existencia de una cosa sin dueño ante el derecho internacional.

2.° La intención *(animus)* de someterla.

3.° La toma de posesión real, demostrada por signos visibles y permanentes.

También el Marqués de Olivart, siguiendo la corriente, admite que los Estados pueden adquirir la propiedad por cualquiera de los modos que emplean los individuos, es á saber, cesión, compra-venta, he-

rencia, prescripción, ocupación y colonización, y además por la apropiación de un territorio por derecho de conquista.

Cuando se realizaron los grandes descubrimientos geográficos de los siglos XV y XVI, llegó á ser doctrina corriente la de que la ocupación y colonización conferían la soberanía de los territorios descubiertos. Los adelantos de la navegación, la rapidez y seguridad con que hoy cruzan las embarcaciones las más procelosas aguas, han cerrado por completo el ciclo de los descubrimientos, y hoy los internacionalistas discuten si es lícita la ocupación de los territorios poblados por salvajes, máscara con que se encubre vergonzosamente el derecho de la fuerza moral y material de la civilización. Y así vemos que mientras Fiore, por ejemplo, piensa que la ocupación de los territorios poblados por salvajes debe consentirse con arreglo á los cánones del Derecho internacional público, siempre que se deje á aquéllos la parte necesaria para su subsistencia y bienestar, y Vattel opina lo propio, Heffter cree, en sentido negativo, que la ocupación se aplica principalmente á las regiones ó á las islas deshabitadas ó no ocupadas por completo, y que ninguna potencia del mundo tiene derecho á imponer sus leyes á pueblos errantes, ni aun á los mismos salvajes.

A esto ha venido á quedar reducida la ocupación como modo adquisitivo en el derecho internacional, debiendo hacer presente, para concluir esta brevísima noticia, que la ocupación en tal concepto fué el título sobre el cual se cimentó el protocolo firmado por los representantes de España y Alemania en 17 de Diciembre de 1888, siendo mediador Su Santidad León XIII,

y por el art. 1.° de cuyo protocolo el Gobierno alemán reconoció la prioridad de la ocupación española de las islas denominadas Carolinas y Palaos, y la soberanía que de dicha ocupación resulta.

ART. 610. Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

Concordancias.—Análogo al art. 607 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tít. IV, ley 16.ª*—Si algunos Caballeros, ó otros Monteros, Puerco ó otro Venado levantaren, ningun otro, quier sea Montero, quier no, le tomen mientra que aquellos que le levantaron fueren tras él. Mas si el Venado levantado fuere quito dellos; e fuere en su salvo, e maguer que sea llamado, qualquier que le matare puedalo haber.

Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 5.ª—Oro, o aljofar, e piedras preciosas fallan los omes en la arena que esta en la ribera de la mar. E por ende dezimos, que todo ome que fallare y alguna destas cosas sobredichas e la tomare primeramente, que deue ser suya. Ca pues non es en los bienes de ningund ome lo que en tal lugar es fallado, guisada cosa es, e derecha, que sea de aquel que primeramente la fallare o la tomare; e que otro ninguno non gela pueda contrallar, nin embargar.

Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 17.—Bestias saluajes, e las aues, e los pescados de la mar, e de los rios, quien quier que los prenda, son suyos: luego que los ha presos; quier prenda alguna destas cosas en la su heredad misma, o en la agena. Empero si cuando algund ome quisiesse entrar a caçar en heredad agena, estouiesse y el Señor della, e le dixesse que non entrasse y a caçar; si despues contra su defendimiento prisiesse y alguna cosa, entonce non deue ser del caçador, si non del Señor de la heredad. Ca nin-

gund ome non deue entrar en heredad agena para caçar en ella: nin en otra manera contra defendimiento de su señor. Esso mismo seria, si el Señor lo fallasse, que anduuiesse ya caçando en su heredad, e ante que y prisiesse ninguna cosa, le defendiesse que non caçase y. Ca todo quanto y caçare despues que gelo defendiesse, todo deue ser del señor de la heredad, e non del caçador. Mas si ante que gelo defendiesse, ouiesse algo caçado, todo quanto prisiesse deue ser del caçador, e non ha de ver en ello el señor de la heredad.

Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 19.—Pierden los omes el señorio que auian ganado en las aues, e en las bestias saluages, e en los pescados, en la manera que diximos en la tercera ley ante desta, luego que salen de su poder, e tornan al primero estado en que eran ante que las prisiessen: e aun pierden el señorio, cuando fuyen e se las aluegan tanto, que las non pueden ver, e que las vean, estando ellos tan alongados dellas, que a duro las podrian prender. E en cada vno destos casos gana el señorio dellas quien quier que las prende primeramente.

Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 49.—Despaganse los omes a las vegadas de algunas cosas que han, e desamparanlas, e echanlas, de manera que sean suyas de quien las quisiere. E por ende dezimos, que quando algund ome echare alguna su cosa mueble con intencion que non quiere que sea suya, que quien quier que la tome primeramente, e la llueue, que gana el señorio della, e sera suya dende adelante; fueras ende si la cosa, que echasse assi, fuesse sieruo enfermo, o ferido, que echasse o desamparasse su señor. Ca este atal por tal echamiento como este se torna libre, luego aquel desampara el señor: e maguer otro alguno lo lleuasse, e pensasse del, e lo guareciesse con todo esso non ganaria el señorio del. Otrosi dezimos, que las cosas que los omes echan en la mar con cuyta dela tormenta, que non pierden el señorio dellas: assi como diximos en la quinta Partida en las leyes que fablan en esta razon.

Part 3.ª, tit. XXVIII, ley 50.—Desamparando algun ome alguna su cosa que fuesse rayz, por que se non pagasse della, luego que della saliesse corporalmente, con intencion que non quisiesse que fuesse suya dende adelante, quien quier que primeramente la entrasse ganaria el señorio della. Mas si el non saliesse della, maguer dixiesse que non queria que fuesse suya

dende adelante, con todo esso, en cuanto el la tuuiesse assi, non la podria otro ninguno entrar; e si la entrasse, non ganaria el señorio della, fasta que corporalmente saliesse della, e desamparasse la tenencia. Otrosi dezimos, que si algund ome desamparare alguna su cosa, que non osasse yr á ella por miedo de enemigos, o de ladrones, que ninguno non la puede entrar; e maguer la entrasse, non ganaria el señorio della. Ca como quier que este atal desamparasse la tenencia corporalmente, con todo esso retiene en su voluntad el señorío de la cosa. E por ende non deue, nin puede ninguno entrarla.

COMENTARIO.—*De la ocupación.—Su concepto legal.—Su contenido.*

Como en el comentario del art. 609 hemos hecho presente, la ocupación es, si no un modo jurídico en el rigor técnico del vocablo, y según el sentir de aquellos juristas apegados á la clásica distinción entre el modo y el título, sí una causa puramente natural, y por lo mismo originaria, mediante la cual adquirimos la propiedad de una cosa. La naturaleza se revela por aquellos actos de aprehensión en armonía con la constitución física del organismo y de los miembros aprehensores. Por esto la ocupación es medio originario, porque se refleja tal cual por la naturaleza se produce. Desde este punto de vista, la ocupación la encontramos como el elemento físico más fundamental de todo acto real de apropiación. Pero no es así como el derecho privado la concibe.

Desde el instante que la relación jurídica de la propiedad individual encarna en el derecho de un pueblo, la ocupación propiamente tal, como modo adquisitivo del dominio, se limita y reduce á aquellos objetos exceptuados, ó por singularidad de su naturaleza ó por circunstancias excepcionales y de momento, de la universalidad de esa regla casi absoluta que en la vida jurídica moderna condiciona, así las cosas muebles como las inmuebles, reduciéndolas á la propiedad individual; sin que obsten ciertos destellos de propiedad de las personas colectivas, que al cabo tan individual es como la de un sujeto aislado. Por esto el Código dice que son susceptibles de adquirirse por ocupación aquellas cosas que *carecen de dueño*.

Mas no basta la ausencia de una relación de dominio actual; requiérese que el acto ó actos de apoderamiento, digámoslo así,

recaiga sobre bienes que sean *apropiables* por su naturaleza, es decir, susceptibles de una relación individual de propiedad.

Por esto el aire que respiramos, más que por su incorporalidad, por su cuasi infinitud, las aguas de los mares libres por su extensión, no alcanzan la estimación de objetos susceptibles de ocupación jurídica propiamente tal, porque si bien carecen de dueño, la apropiación en ese sentido puramente exclusivista y dirigido á la satisfacción de una necesidad ó de un placer, con que la consideramos, no recae sobre ellos.

En otra esfera, tampoco pueden ser objeto de ocupación los bienes de dominio público como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos, las murallas, fortalezas, minas, etc., bien los debidos á la actividad y trabajo del hombre, hayan sido construídos por el Estado, por la provincia ó el Municipio. Y la razón es obvia, porque todos estos bienes hállanse sujetos á un dominio colectivo, y aunque no quepa decir que sean particularmente de *A* ó de *B*, tampoco puede afirmarse que carezcan de dueño.

Con estos ejemplos, y como por vía de exclusión, vase depurando y contorneando el concepto de aquellos bienes que el Derecho sustantivo civil considera susceptibles de ocupación propiamente dicha, ó sea como modo adquisitivo del dominio por el valimiento de su exclusiva influencia. Pero el Código civil, bajo la forma de enunciado demostrativo, pero en rigor enumerativo, expresa que se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas. Así también dice el art. 711 del Código italiano: «Las cosas que no son pero que pueden llegar á ser propiedad de alguno, se adquieren por ocupación. Tales son los animales objeto de caza ó pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas.» La identidad del concepto expresado por uno y otro Código es manifiesta, y ella revela que, no obstante la apariencia puramente demostrativa de los casos expuestos por el Código patrio, á ellos y á nada más que á ellos se contrae la ocupación propiamente tal.

Hasta aquí el análisis nos ha puesto al descubierto en la ocupación: 1.° Un elemento puramente natural que se cifra en el acto físico del apoderamiento ó aprehensión de la cosa ocupada, bien por la intervención directa de algún órgano aprehensor, ó

por aquellos medios inteligentes y complementarios que suplen y perfeccionan sus veces, cuando no disponen y preparan su inmediata acción (armas de fuego, cepos, redes, arpones, etc.), bien por intermediario, como en el caso del propietario de un terreno que se vale de operarios asalariados para que excaven, descubran y extraigan un tesoro escondido en los senos de la tierra ó en los huecos de algún muro. 2.° Un elemento puramente jurídico porque presupone ya una restricción legal impuesta por la coexistencia armónica del derecho de los demás individuos. Este elemento jurídico se manifiesta bifurcado, digámoslo así, en dos ramas: la de la apropiabilidad de la cosa; la de la ausencia de toda relación de dominio actual en el instante de la ocupación.

Mas la presencia de lo que hemos llamado elemento natural descubre un nuevo carácter ó cualidad que ha de concurrir en la cosa sobre la cual recaiga la ocupación. Sólo puede ser aprehendido lo que por su corporalidad, visibilidad y traslativiad se nos presenta afectando los sentidos. Un derecho, una acción, como, v. gr., un crédito, la posibilidad de repetir su cobro, carecen de corporalidad; podrán indiscutiblemente ser objeto de traspaso y de dominio, á virtud de las convenciones del derecho escrito, pero son incapaces de ocupación, tal cual en este momento consideramos esta institución jurídica. Un tesoro, verbigracia, tiene corporalidad; pero mientras no logre la visibilidad y pueda ser percibido por los sentidos, no es susceptible de ocupación. Por esto, el proyecto de Código alemán, al explanar en su artículo 928 la doctrina concerniente á la apropiación de los tesoros, deriva la eficacia del dominio logrado, del acto originario de ocupación, ó lo que es lo mismo, de aquel momento en el cual el tesoro muéstrase visible y apto para ser aprehendido.

Una cosa raíz, por ejemplo, un fundo, un edificio, tampoco es susceptible de ocupación, dentro, claro está, del derecho vigente. Admitamos el caso más favorable, el de una casa completamente abandonada por su propietario.

En esta hipótesis concurre la ausencia de una relación individual y latente de dominio; existe la apropiabilidad de la cosa; además la corporalidad y la visibilidad son notorias, y sin embargo, no es lícita la ocupación porque falta la traslativiad, nota característica de las cosas muebles. Podrá argüirse, y ciertamente no sin motivo, que en el supuesto de una casa abando-

nada por su dueño no concurre la ausencia de una relación de dominio actual, porque, al tenor de la ley de Mostrencos de 9 de Mayo de 1835, corresponden al Estado los bienes inmuebles que estuvieren vacantes, y porque aun admitido que dichos bienes estuvieren detentados ó poseídos sin título legítimo, pueden ser reivindicados por el Estado con arreglo al derecho común; de donde se deduce que, desde el instante del abandono por el propietario, surge ese dominio eminente é intangible del Estado, que se cifra en la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria, cuando no en la de ocupar los bienes abandonados, pidiendo la posesión real ante el Juez competente. La objeción es verdadera y tiene mucha fuerza en el terreno del derecho positivo; pero considerándola teóricamente, aunque influída por la doctrina del Código, carece de todo valor, porque lo circunstancial y característico de la no idoneidad de los bienes raíces respecto de la ocupación, se determina precisamente por su intraslativiad. La prueba nos la ofrecen las legislaciones contemporáneas, y quien habla de las legislaciones que hoy imperan por de contado alude á la legislación romana, nexo universal que á todas las enlaza.

El Código portugués, acaso el que mayor latitud de contenido confiere á la ocupación, comprende bajo este concepto la apropiación de los animales por medio de la caza y pesca; la de los animales domésticos abandonados, perdidos ó extraviados; la de las cosas muebles abandonadas, perdidas y ocultas, entre estas últimas los tesoros; la de las embarcaciones y otros objetos procedentes de naufragios; la de objetos y productos naturales comunes no apropiados; la de las aguas, abarcando toda la variedad con que naturalmente se manifiestan; la de los minerales y la de las substancias vegetales, acuáticas ó terrestres. Á pesar de la extensión del concepto, obsérvese que siempre recae sobre substancias ú objetos eminentemente traslativos; pero ni por excepción sobre una cosa raíz.

El proyecto germánico trata de apropiación, apelativo con el que designa la ocupación dentro de un título consagrado con exclusividad á la adquisición de la propiedad mueble. Y si repasamos algún Código americano, notaremos lo propio.

Complementado el concepto expuesto por el art. 610 que comentamos, y esclarecido ya que el empleo del adverbio *como* no denota, según pudiera creerse, una enumeración por vía de ejem-

plo limitada á ciertos objetos, sino la exposición total de aquellos sobre los cuales puede recaer la ocupación en sentir del legislador patrio, poco resta que expresar para dar cima al comentario, ya que en sucesivos artículos y, ó bien por referencia ó directamente, se trata de la caza y pesca, del tesoro y de las cosas muebles abandonadas y perdidas.

A) Caza y pesca.—No son los animales bravíos objeto de la caza y pesca los únicos seres animados sobre los cuales puede recaer la ocupación; los animales domésticos pueden también ser ocupados si los abandona su legítimo dueño; pero cabe afirmar que no es en este caso la caza propiamente dicha el medio por el cual se logra su dominio.

La caza y la pesca son medios que el ingenio humano pone en juego para cautivar ó apoderarse, vivos ó muertos, de aquellos animales volátiles ó acuáticos que por naturaleza disfrutan de independencia y viven y se multiplican rehuyendo la compañía del hombre.

Como quiera que estos seres animados, por su condición bravía carecen de dueño y son evidentemente apropiables, de aquí que se trabe sobre ellos una relación de dominio perfecta por el mero hecho de su aprehensión, acto éste donde juega el esfuerzo material y la intención, ó lo que es lo mismo, el elemento físico y el espiritual.

Recordarán seguramente nuestros lectores que al comentar en el tomo VIII el art. 465, á cuyo tenor los animales fieros sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder, hubimos de patentizar la sinonimia jurídica, aunque sólo con relación á este caso peculiar, de los conceptos posesión y dominio, relación é intimidad entre la doctrina de la apropiación y la de la posesión de los animales fieros, que llega á tal extremo, que cuando adquirimos originariamente la propiedad de los mismos, fatalmente ganamos su posesión, y á la inversa, cuando perdemos su posesión por recobrar el animal su libertad primitiva, perdemos también la propiedad.

La ocupación de los animales bravíos para adquirir su dominio, es un hecho necesario, impuesto por la naturaleza viviente de los mismos, y como esta ocupación ordinariamente se realiza por los medios inteligentes denominados caza y pesca, de aquí que el Código los presente en primer lugar como manifestaciones, acaso las más espontáneas y numerosas, de la ocupación.

Pero el Código patrio se ha limitado á mencionar la caza y la pesca como un derecho cuyo desenvolvimiento en preceptos escritos, hay que buscarlo en leyes especiales. Sin duda le movió á determinarse por tal línea de conducta la consideración de que, estando ya escrita la ley especial de caza, abreviaba la tarea codificativa, el prescindir de su depuración é inserción, supliendo la laguna por una breve referencia. De otra parte, autorizaba á ello el ejemplo de algún que otro Código europeo, v. gr., el italiano.

Nos parece preferible la conducta seguida por los legisladores lusitanos. En el desenvolvimiento escrito del derecho de caza, ó lo que es lo mismo, en su manifestación legislativa, tienen que surgir principios del más puro derecho civil y disposiciones con marcado sabor administrativo. Entre los primeros, deben incluirse todos aquellos que consagren el derecho de caza como uno de los modos adquisitivos del dominio de los seres animados irracionales que carecen de dueño; los que se encaminen á la clasificación de dichos seres animados, según su natural se muestre bravío y salvaje, en estado de domesticación ó domésticos por instinto; los que sancionen su apropiación en terrenos de dominio público; los que defiendan y protejan este derecho en terrenos de dominio privado; los que amparen al cazador en el dominio de la pieza herida, pero aún no ocupada materialmente por la aprehensión manual, etc. Entre las segundas, ó sean las disposiciones de sabor administrativo, pueden contarse las que fijen las épocas de veda; las que prohiban ciertos procedimientos destructores de la caza; las que establezcan multas contra los contraventores; las que impongan restricciones de carácter puramente fiscal, como, v. gr., las licencias de caza, etc.

Que los preceptos sustantivos debieran figurar en nuestro Código, reemplazando al lacónico art. 611, ni duda cabe, con tanto mayor motivo cuanto que respecto de otras instituciones y materias, como, v. gr., el aprovechamiento de las aguas públicas, acto este que, bien mirado, no es sino de ocupación de una substancia líquida, se ha legislado sustantivamente y con extensión, sin perjuicio de dejar vigente la ley especial de Aguas (art. 425), en cuanto de un modo expreso no quedare prevenido por las disposiciones del capítulo correspondiente. Y á tenor de lo acaecido con el aprovechamiento ú ocupación de las aguas públicas y de las de dominio privado, procede mencionar la propiedad

minera; y ya en otro orden más distante de la ocupación propiamente dicha, la propiedad intelectual, el Registro de la propiedad, el contrato accesorio de hipoteca, instituciones y materias todas ellas que, á pesar de hallarse desenvueltas en leyes especiales, destellan luminosas en el Código á virtud de preceptos que consagran como declaraciones dogmáticas, lo eminentemente substantivo de la institución.

Y no se crea que esto que decimos se contrae sólo al derecho de caza: hacémoslo extensivo al de pesca, ya que los mismos motivos y razones existen para ambos. Sirva de ejemplo, porque viene á ser como la mejor manifestación de nuestro criterio, el científico Código portugués.

B) El tesoro oculto.—Nos valemos de la misma locución que el legislador patrio emplea, y no ciertamente por conformidad, puesto que disentimos.

Ni en el Código italiano, de donde deriva el precepto, ni en el proyecto de 1882 se emplea dicho giro. Si tesoro es para los efectos legales, y á tenor del art. 352, *depósito oculto* é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no consta, es claro que no hay que calificar el tesoro por la agregación del adjetivo *oculto*. Decir tesoro oculto, ya constituye redundancia; pero decir que se adquiere por la ocupación el tesoro oculto, pasa de las lindes del descuido, para señorearse por los dominios del error, cuando no del disparate. El tesoro oculto no se adquiere por la ocupación, sino el tesoro descubierto. ¿Cómo se ha de ocupar lo que aún permanece como un arcano oculto en los senos de la tierra, en las oquedades de los muros ó en los misteriosos escondrijos de algún mueble ó estantería antiguos? A un taumaturgo, y por artes de la magia negra, seríale acaso posible *ocupar* un tesoro oculto, pero á los míseros mortales, no iniciados en los misterios de la demoniología ni en las cábalas de Jacuto y Gedaliah, bien se puede asegurar rotundamente que no. Ocupar arguye aprehensión, contacto físico, y así como los derechos no se ocupan porque carecen de corporalidad, de la propia suerte tampoco es susceptible de ocupación un tesoro, cuando por la circunstancia de estar oculto, su corporalidad no se revela en las condiciones naturales indispensables para la aprehensión.

Las razones que anteceden demuestran el fundamento de

nuestra crítica, que si bien atañe á las palabras, no por eso deja de revelar en el Código un desaliño impropio de la obra fundamental de la codificación civil en España.

Dejando á un lado estas minuciosidades de lenguaje, digamos que en el grupo de las cosas muebles inanimadas, acaso ninguna se manifieste tan propicia y apta para la ocupación como el tesoro. Formando el término preciso del parangón, y como segunda rama del grupo, figuran las cosas muebles abandonadas. Las cosas muebles perdidas omítelas el artículo más bien por descuido que por reflexión, y decimos esto, porque si bien la relación de dominio no se extingue, puesto que perdura la acción para reivindicarlas, y en este sentido podría justificarse la omisión, desvanécese semejante motivo de alabanza desde el momento en que el Código trata del hallazgo, y por tanto, de las cosas perdidas dentro del título consagrado á la ocupación. Nadie pone en duda que las cosas abandonadas pueden ser objeto de apropiación, pero nadie desconoce tampoco que la determinación precisa del abandono, el convencimiento moral de que la cosa carece de dueño, no se nos ofrece respecto de las cosas muebles abandonadas con la misma espontaneidad y certidumbre que con relación al tesoro. Prueba de ello es el proceder de algunos Códigos, entre otros el portugués, estableciendo la presunción de que cuando no se sepa de cierto si la cosa ha sido perdida ó abandonada, se repute perdida.

La certidumbre del abandono sólo es factible alcanzarla por la percepción de ciertos actos que así lo revelen ostensiblemente; v. gr., el hecho de arrojar dinero en las fiestas públicas ó con ocasión de ciertas solemnidades familiares, como bodas, bautizos, etc.; mas el hallazgo en medio de una carretera, en una calle, paseo ó edificio público de una cosa mueble aprovechable para las necesidades humanas, ya tenga valor ó utilidad por sí propia, ó mediante el trueque ó cambio por otras, aun cuando pueda ser, y de hecho lo sea en ciertas ocasiones, consecuencia de un abandono preconcebido, no lo arguye en sana lógica, porque el entendimiento nos revela que el hombre en plena razón no se desprende sin causa ni motivo de aquellos objetos que, ó bien llenan cumplidamente una afección de su espíritu, como los recuerdos familiares, ó satisfacen una necesidad corporal ó proporcionan un deleite ó sirven, mediante su valor en cambio, para

la obtención de cuanto reporta bienestar. De aquí la legitimidad de la duda acerca de si la cosa objeto del hallazgo ha sido abandonada ó perdida; de aquí las presunciones establecidas por los Códigos. Mientras la presunción subsista, la posibilidad de reivindicar la cosa por aquel que la extravió persiste también, y como en tanto prevalezca esta silueta borrosa de un dominio problemático, pero no imposible, no puede afirmarse con exactitud legal que la cosa sea susceptible de ocupación, compréndese que al parangonar nosotros el caso del tesoro con el de las cosas muebles abandonadas hayamos dicho, refiriéndonos al primero, que ninguna cosa mueble inanimada se manifiesta tan apta para la ocupación.

Decía el Derecho Romano que tesoro es *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat...* La *ley 45, tit. XXVIII de la 3.ª Partida*, sin definir concretamente el tesoro, afirma que *si el thesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es, gana el señorio dello: e que deue ser todo de aquel que lo falla en su casa o en su heredad.*

Por donde se descubre que la cualidad característica del tesoro, fuera aparte de su mérito y valor intrínseco, residía, según el Derecho Romano, en que la sucesión de los años hubiese borrado la posibilidad de un dominio latente aunque no militante. Algo parece haberse modificado este concepto por el art. 352 del vigente Código, ya que ha descartado la nota de la antigüedad, como consubstancial con el tesoro, pero en el fondo del artículo, y á pesar de la antedicha mutilación, palpita la misma idea. Las notas ó propiedades que hoy nos sirven para identificar la condición jurídica del tesoro en su concepto más vulgar de depósito ó reunión de objetos de subido valor, radican en que este depósito haya permanecido oculto é ignorado, de tal suerte, que dichas ocultación é ignorancia acusen el desconocimiento total de su legítima pertenencia. No cabe equiparar el caso del tesoro al de la cosa mueble perdida, porque el extravío supone involuntariedad, y la ocultación en un muro ó en la tierra revela voluntariedad en la acción. Tampoco es posible igualarlo con el de las cosas muebles abandonadas, porque el hecho de esconder los objetos preciosos constitutivos del tesoro, descubre una intención contraria en absoluto á la idea del abandono. Si, pues, esta circunstancia de la ocultación no despeja la incógnita de un do-

minio actual, verdadero reducto contra el que se estrella la ocupación, tal como las legislaciones modernas la conciben, compréndese que fueron lógicos los jurisconsultos romanos, y fué muy lógico Paulo al definir el tesoro *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria*. Y dígase lo que se quiera, esta es la clave que debiera servir para la calificación legal del tesoro. Por ventura, ¿consta en la mayoría de las ocasiones la legítima pertenencia de la cosa extraviada? Y sin embargo, ¿por qué ampara la ley la propiedad del perdidoso y consagra su acción reivindicatoria y aun impone al autor del hallazgo la obligación de consignar la cosa en poder de la Autoridad pública? Porque presume, pensando reflexivamente, la involuntariedad de la pérdida y la existencia del propietario. Ahora bien: supongamos que en el muro de una habitación encuentra *A* una orza llena de monedas de oro recientemente acuñadas, v. gr., el año de 1894. Ni aquí cabe reputar abandono, porque la voluntariedad en la ocultación aleja de todo punto semejante idea, ni en buena lógica cabe desechar la presunción de la existencia del propietario, siquiera no conste la legítima pertenencia de las monedas descubiertas. Y ahora dígase: el mero hecho de la ocultación, sin el aditamento de ninguna otra circunstancia, hecho que por su propio realce y plasticidad, pone más de manifiesto la intención del dueño, ¿es bastante para cualificar jurídicamente el tesoro? Cuanto más avanza el análisis, más se evidencia la corrección de la ley romana y sobre todo de los juristas autores del Código del vecino Reino de Portugal, quienes hacen descansar la posibilidad de ocupación del tesoro en la sucesión de cierto número de años que aleje, por lo menos, la idea de un dominio actual.

Aun cuando el art. 352 del Código que comentamos pretende, por lo visto, emanciparse del expresado concepto, descartando el elemento de la antigüedad, es éste tan consubstancial con la noción jurídica del tesoro apropiable, que así como no es posible concebir compra-venta sin precio, y la ley que lo decretara entaría á la naturaleza de la institución, así tampoco es factible egar á la idea de un tesoro susceptible de ocupación perfecta, y, mo tal, engendradora de un dominio pleno, sin que el transrso de un número de años suficiente para presumir fundadaente la muerte del que lo ocultó en la tierra ó en el muro, eli-

mine, juntamente con la persona, la relación de propiedad que la ligara con el tesoro.

Concebida así la noción del tesoro, y téngase en cuenta que tal concepción es la más ajustada á las normas del derecho fundamental ó filosófico, y aun á las de buena copia de disposiciones legales, esparcidas por los Códigos civiles vigentes, no hay para qué insistir en la tesis de que en el grupo de las cosas muebles inanimadas, ninguna como el tesoro se manifiesta tan hábil y acomodada para constituir el objeto de ese modo adquisitivo originario, denominado con harta impropiedad ocupación.

C) Las cosas muebles abandonadas.—Dice así la *ley 49, título XXVIII, Partida 3.ª*:

«*Despaganse los omes á las vegadas de algunas cosas que han, e desamparanlas, e echanlas, de manera que sean suyas de quien las quisiere. E por ende dezimos que quando algund ome echare alguna su cosa mueble con intencion que non quiere que sea suya, que quien quier que la tome primeramente, e la lleue, que gana el señorio della, e será suya dende adelante.*»

La noción de que la cosa mueble abandonada carece de dueño y pertenece al primero que la ocupe, es tan sencilla y clara, que la más vulgar comprensión desde luego la percibe y asimila.

Mas si la noción jurídica, en cuanto tiene de axiomática, es llana, no sucede lo propio cuando por vía de adaptación se la transplanta del dominio de la teoría al de la realidad. Mientras se conserva como en celda cerrada dentro de los límites de lo preceptivo, el axioma resplandece con los tornasoles de la más absoluta exactitud; pero cuando se trata de su aplicación práctica, sobrevienen las dificultades, porque nada más incierto que la determinación á la vista de una cosa mueble sin poseedor, de si ha sido abandonada ó perdida, de si en el hecho ha mediado ó no voluntariedad. Hasta tal extremo es peligroso juzgar *a priori* y sin pruebas, que algunos Códigos, y entre ellos el lusitano, previendo la contingencia, establecen la presunción de que, en la duda, toda cosa mueble se repute perdida mientras no se demuestre lo contrario.

Pero, además, el abandono se manifiesta, digámoslo así, bajo dos formas: positiva y negativa; ó, en otros términos: por acción ó por omisión. Comete abandono positivo ó por acción aquel que encontrándose en la posesión actual de una cosa mueble cuyo do-

minio le pertenece, se desprende de dicha cosa arrojándola lejos de sí ó apartándose del sitio en que la deja. Arquetipo de esta forma del abandono es el hecho, muy frecuente, de arrojar monedas al pueblo ó á los muchachos con ocasión de algún regocijo público ó familiar. Tiene la particularidad este abandono positivo de que su justificación ha de resaltar ostensible de un hecho conocido. Las normas racionales que rigen la vida humana, y que se ofrecen á nuestro entendimiento como reglas de bien obrar, imponen esta justa cortapisa. ¿Qué juicio merecería á la generalidad de las gentes la conducta de aquel que, sin razón ni motivo apreciable, se desprendiese en medio de un paseo de sus joyas y monedas y las esparciera á su alrededor? ¿Sería lícita la ocupación de dichos objetos?

El abandono por acción de una cosa mueble aprovechable ha de encerrar, por tanto, en su justificación racional, la licitud del acto ocupativo.

Comete abandono por omisión el que, teniendo derecho al dominio de una cosa mueble, prescinde deliberadamente de aquellos actos por los cuales adquiriría la posesión natural de la misma, perdiendo, á virtud del lapso de cierto tiempo, la propiedad.

La prescripción es el hecho jurídico resultante del abandono por omisión. Esto, en tesis general; ejemplo local de dicho abandono nos le ofrece, v. gr., aquel que, teniendo varios fardos de género en una Aduana ó algunas mercancías en los almacenes de una estación del ferrocarril, no se cuida de recogerlos durante el tiempo que las leyes y reglamentos consienten. Tanto en el abandono por acción, como en el por omisión, se nos presenta el hecho de una cosa mueble abandonada, es decir, el supuesto establecido por el art. 610 que comentamos. Séanos ahora lícito preguntar: La ocupación como modo adquisitivo originario, cuya virtualidad se cifra en la prioridad en el tiempo, como justificación de la primacía y preferencia en el derecho, ¿se refiere de la misma manera al abandono positivo que al negativo, al que se comete por acción que al que resulta de una omisión consciente?

Porque no hay que olvidar que la ocupación como modo de adquirir el dominio de las cosas muebles que carecen de dueño y son por su naturaleza apropiables, es universal en el sentido de que no recae sobre una individualidad determinada y como derecho suyo exclusivo, sino que compete á la totalidad sin excepcio-

nes; al nacional como al extranjero, al varón como á la hembra, al incapacitado como al que disfruta de la plenitud de sus derechos.

Á la anterior pregunta cabe responder negativamente. La ocupación (modo adquisitivo originario) sólo se refiere á las cosas muebles, cuyo abandono lo hemos calificado de positivo ó por acción. El abandono por omisión acusa una relación jurídica anterior preexistente entre el sujeto que abandona y la persona natural ó colectiva en cuyo poder se encuentra la cosa mueble abandonada. Así es que dicho abandono genera por de contado una relación de dominio en favor de esta última persona, sea natural ó colectiva, mas no logrado por un modo originario, cual la ocupación, sino derivado, ó sea por prescripción.

Si *A*, v. gr., recibe mercaderías que pasan á la Aduana para contribuir por el Arancel aduanero y deja transcurrir un largo período de tiempo sin reclamarlas, el Estado ganará el dominio por prescripción y no por ocupación, porque á virtud de cierta relación de derecho, si bien de carácter necesario y fiscal, adquiere aquél posesión de las mercaderías, posesión que es como la base fundamental de la *prescriptio*. Y una cosa análoga cabe asegurar del consignatario que no retira de los almacenes de un ferrocarril los bultos porteados á su nombre.

Esta relación de derecho preexistente, que se vislumbra con toda claridad en el abandono que se comete por omisión, aleja, ó, por mejor decir, descarta la posibilidad jurídica de la *occupatio* como modo de adquirir originario.

Demuéstrase con lo apuntado que no anduvieron los autores del Código muy correctos al sentar como dogma indiscutible la proposición de que las cosas muebles abandonadas (en tesis general y sin la más leve excepción) se adquieren por la *occupatio*. Cosa mueble abandonada es la mercancía no recogida de los almacenes de una Compañía de ferrocarriles, y, sin embargo, ni se reputa *nullius*, ni el logro de su dominio queda á la actividad del primer ocupante.

El análisis nos advierte que la ocupación no rige respecto de las cosas muebles abandonadas por su dueño, si el abandono consiste en la omisión de aquellos actos que en su caso le hubieran conferido la posesión de las mismas.

Para terminar el actual comentario, expondremos aquellos

casos de abandono por omisión que más ordinariamente suceden, y los cuales han sido regulados con especialidad, acaso por la misma frecuencia de su acaecimiento.

También de esta suerte, y por la senda de una exposición positiva, se depurará el concepto del abandono por acción, única especie de abandono que, rompiendo toda anterior relación de derecho entre el sujeto y la cosa, pone ésta en condiciones de ser legítimamente apropiada por el primero que la ocupe.

a) Excepciones al principio.

1.° *Abandono en los almacenes de las Empresas ferrocarrileras.*— Aunque el Reglamento de policía de ferrocarriles de 8 de Septiembre de 1878 no habla taxativamente del abandono de cosas muebles, ocúpase en su art. 181 del extravío y del caso en que se desconozca quiénes son el remitente y consignatario de la cosa porteada, estableciendo que los objetos olvidados por los viajeros en los coches y salas de espera, los que hubieren caído en la vía al paso de los trenes, y todos aquellos cuyo dueño remitente ó consignatario se ignore, se conservarán en depósito, llevándose de todos ellos un registro especial con expresión del día y lugar en que fueren hallados y sus principales señas.

Añade el susodicho art. 181 que si publicado su anuncio por tres veces en el *Boletín Oficial* de la provincia, y transcurrido un año, nadie se presentase á reclamarlos, se sacarán á pública subasta, y su producto se aplicará á los Establecimientos de Beneficencia después de deducir para la Empresa los gastos de custodia y almacenaje.

Desde luego se comprende que, aun cuando el art. 181 del Reglamento citado alude al extravío, éste se trueca en abandono si, publicados los anuncios y transcurrido el término de un año, no formula el propietario la oportuna reclamación. Toda prescripción acusa abandono por parte de aquel en cuyo perjuicio recae, y el transcurso de un año sin formular demanda reintegratoria, implica fatalmente prescripción, y por ende abandono.

2.° *Del abandono de las mercancías en las Aduanas.*

Punto es este interesantísimo que por ningún concepto podía omitir la legislación especial sobre el ramo. Mas como quiera que el abandono de las mercancías en las Aduanas, bien sea expreso ó tácito, no autoriza la apropiación de las mismas por el primer ocupante, y antes por el contrario, constituye un caso de excep-

ción, vamos á exponer los preceptos que sobre el particular hállanse vigentes.

Rigen las Ordenanzas de Aduanas aprobadas por Real decreto de 15 de Octubre de 1894, y en el título III, capítulo XI, encuéntrase una Seccion destinada con especialidad á tratar del abandono de las mercancías.

Comienza por definir el abandono y por dividirlo en abandono *expreso* y *de hecho*.

Abandono de una mercancía es (dice el art. 278) la renuncia de su propiedad hecha por el consignatario.

El abandono es *expreso* cuando el interesado hace la renuncia en escrito dirigido al Administrador de la Aduana.

El abandono es *de hecho* cuando consta ó se deduce de actos del interesado que no dejen lugar á duda, tales como

1.° Cuando el consignatario designado en el manifiesto no se encuentre, ó haya fallecido sin dejar quien le sustituya, ó si, renunciada la consignación, no la quieren admitir el Cónsul de la Nación del cargador ó la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, en el caso de que el remitente sea español.

2.° Cuando pasen los plazos concedidos en estas Ordenanzas para el almacenaje ó para el depósito, y dados los avisos oportunos no se presente el consignatario á despachar la mercancía.

3.° Cuando, después de hecho el despacho de las mercancías en los almacenes de la Aduana y contra los los derechos no acuda el consignatario á verificar el pago después de tres conminaciones, en cada una de las cuales se le señalara el plazo de ocho días.

4.° Cuando los derechos de mercancías despachadas en el muelle y cuyo levante no haya podido autorizarse por falta de las garantías ó del depósito provisional de que trata la prescripción 3.ª del art. 102, no hayan sido pagados dentro de los plazos reglamentarios (1).

---

(1) *Prescripción 3.ª del art. 102 de las Ordenanzas de Aduanas.* El interesado ó la persona que le represente podrá retirar las mercancías ya reconocidas, bajo las siguientes condiciones:

A) Asegurar á completa satisfacción, y bajo la responsabilidad del Administrador, el total pago de los derechos, multas y recargos que puedan devengarse y correspondan á los géneros que vayan despachándose, pudiendo los Administradores de Aduanas dispo-

5.° En los casos en que, habiendo resultado mercancías dolosamente ocultas en los equipajes de los viajeros, no realicen los interesados dentro del tercer día después de declarada firme la resolución de la Aduana, el pago de las cantidades que deban satisfacer por derechos y multas.

6.° Cuando, verificado el pago de derechos de las mercancías despachadas en los almacenes de la Aduana, el interesado no las retire de los mismos después de tener aviso, transcurrido un mes en cada uno.

7.° En cualquier otro caso no previsto y en el que la voluntad del dueño pueda inferirse tan claramente como en los precedentes.

Si los interesados acudieren dentro de los plazos expresados, no habrá lugar á la declaración de abandono y se verificarán los despachos en la forma establecida, exigiéndose los derechos de almacenaje y los gastos que pudieran haberse originado.

La manifestación esplícita de abandono puede hacerse en cualquier tiempo, desde el acto de presentarse la declaración hasta inmediatamente antes de verificarse el pago de los derechos.

El abandono de las mercancías exime á los interesados del pago de los derechos, pero no de las multas y recargos en que haya incurrido, si, deducidos los derechos y gastos, no alcanzase el remanente del producto en venta de la mercancía á cubrir el importe de las indicadas penas.

Pueden abandonarse las mercancías de cualquier clase, inclusas las estancadas y prohibidas á la importación, una vez satisfechas las penalidades en que hubieren incurrido, según las disposiciones de estas Ordenanzas. Respecto á los tabacos, si el motivo de la declaración del abandono fuera el no haberlos despachado en el plazo reglamentario, se tendrá en cuenta que para

---

ner que se constituyan en depósito provisional en la Caja respectiva las cantidades que juzguen necesarias para responder de los derechos de Arancel y demás que deban liquidarse en la declaración.

B) Firmar en la *libreta* de vista, sin excusa alguna y bajo la responsabilidad de éste, su conformidad con el número de bultos y con el peso, cuento ó medida y clase de los géneros reconocidos y que hayan de levantarse del muelle.

El hecho de retirar las mercancías del sitio del despacho significa la conformidad del interesado con lo actuado por el Vista.

éste es sólo de un mes el término de almacenaje. El tabaco abandonado se entregará á la Administración de Hacienda, bajo doble inventario, para que aquella oficina le dé el destino que proceda.

Para que las mercancías se consideren abandonadas, habrá de preceder declaración del Administrador, cumpliéndose además las reglas siguientes:

1.ª Se abrirá un expediente que principiará con la manifestación escrita del interesado ó con la exposición de los hechos que justifiquen el abandono.

2.ª A continuación se practicarán el reconocimiento y aforo de las mercancías; y oído el parecer del Interventor, el Administrador resolverá la procedencia ó improcedencia del abandono.

3.ª Esta resolución se comunicará al interesado, si fuere conocido, concediéndole el plazo de cinco días para que preste su conformidad ó alegue lo que estime oportuno.

4.ª Si el interesado no fuese conocido, la resolución del Administrador se publicará en los periódicos oficiales tres días consecutivos; y durante el plazo de veinte días, á contar desde el primer anuncio, se admitirán las reclamaciones que pudieran hacerse.

5.ª En los casos en que se presente reclamación en tiempo hábil, se concederá al interesado un plazo de diez días para exponer lo que á su derecho convenga; y transcurridos que sean, se remitirá el expediente, con el escrito del interesado ó sin él, á la Dirección general para la resolución oportuna.

Declarada definitivamente la procedencia del abandono, el Administrador se incautará de las mercancías á nombre de la Hacienda, dispondrá que se anoten en un libro especial y procederá á la venta en los términos establecidos en estas Ordenanzas.

Del producto de la venta se deducirá relativamente el importe de los derechos de las multas y de los gastos de almacenaje, depósito ó cualquier otro que hayan originado las mercancías.

Podrán deducirse después los fletes y demás gastos de carga y descarga ocasionados por la conducción de la mercancía y abonarse á los Capitanes ó consignatarios de los buques, previa presentación de los debidos justificantes.

Hechas estas deducciones, se conservará el resto en la Caja correspondiente, á disposición de los interesados, durante *dos*

años, y transcurrido este plazo, ingresará definitivamente en el Tesoro, en concepto de producto de *mercancías abandonadas*.

Tales son los preceptos que regulan todo lo relativo á las cosas muebles abandonadas en las Aduanas y á la apropiación de su importe por el Estado, después del transcurso de cierto período de tiempo. Por lo que respecta á los requisitos y formalidades de las ventas, modo de efectuarlas, formación de lotes, remates y adjudicaciones, pueden nuestros lectores consultar el Apéndice inserto al final del tomo, donde transcribimos literalmente el título VIII, cap. I de las Ordenanzas vigentes de Aduanas, cuyos título y capítulo se ocupan con exclusividad de dichos particulares.

8.° *Reses mostrencas.*—Llámanse así las reses abandonadas ó perdidas por sus propietarios. Parecía lo natural que, tratándose de cosas muebles, apropiables por su naturaleza y sin dueño, su dominio perteneciera al primero que ocupare la res. Sin embargo, he aquí un caso de excepción, y, lo que es más doloroso, de verdadero privilegio á la generalidad del precepto contenido en el artículo que comentamos.

De antiguo data el privilegio, ya que su abolengo débese buscar en las tradiciones consuetudinarias que comienzan á esbozarse en los tiempos que precedieron al reinado de los Reyes Católicos. El Concejo Mesteño era el disfrutador de la merced; las concesiones privilegiadas que circunstancias históricas determinaron en favor de la ganadería, justificaron su otorgamiento. Mas el estado social es muy distinto: á los movimientos moleculares de atracción de una sociedad que pugnaba por constituirse y por eliminar los elementos extraños que á su natural tendencia se oponían, ha sucedido el reposo, la inercia de un cuerpo ya formado.

Amoldándose al medio ambiente que las circunstancias sociales del momento determinan, el Concejo Mesteño ha evolucionado, y de los residuos de su descompuesto organismo ha surgido la llamada Real Asociación de Ganaderos, manifestación jurídica actual de la Cabaña española. Pues con todo y con ser la destrucción del privilegio uno de los anhelos del movimiento social contemporáneo, el que disfrutó el Concejo Mesteño ha prevalecido, y, cual patrimonio familiar, ha pasado, en concepto de legítima paterna, á su sucesora la Real Asociación de Ganaderos.

Así se desprende del art. 6.° del Real decreto de 13 de Agosto de 1892 y así hubo de consignarlo una anacrónica y extravagante Real orden de 11 de Marzo de 1890, de la que más adelante nos habremos de ocupar con extensión, no por la importancia intrínseca de la aludida disposición del Poder Ejecutivo, sino porque, por los caprichos de nuestra Administración, y con manifiesto exceso de atribuciones, se ha trocado en interpretativa, ó, mejor dicho, en reformadora de un precepto del Código civil que nos rige.

Por una especie de dominio eminente é intangible, cual el del Estado sobre los bienes mostrencos en general, la Asociación de Ganaderos hace suyas todas las reses mostrencas, bien su cualidad de tales derive del abandono ó del extravío; el importe de dichas reses constituye una de las más copiosas y principales fuentes de la Asociación y está autorizada para celebrar con los Ayuntamientos conciertos económicos para la percepción de dicho ingreso; y con el fin de que el privilegio se redondeara y no sufriese desmembre en su substancia, el art. 615, á virtud de una disposición de carácter administrativo, no rige para la sucesora del Honrado Concejo. Por consiguiente, el que encontrare en el monte una res perdida, no tiene derecho alguno á bonificación ó premio por el hallazgo.

***

Aclaración al concepto legal de cosa mueble abandonada. - Para dar cima al presente comentario réstanos una aclaración.

Al tenor del art. 610, la ocupación de la cosa mueble abandonada, ó lo que es lo mismo, sin dueño, es libérrima. La legitimidad de la apropiación se determina por la primacía; por lo tanto, el dominio surge perfecto para el primer ocupante. Sentado esto como axioma incontrovertible, digamos ahora que por lo menos aparentemente parece hallarse en pugna lo axiomático con lo prestablecido por la ley especial sobre la materia, ó sea la vulgarmente llamada ley de Mostrencos, subsistente hoy á virtud, no sólo de su especialidad, sino de un texto expreso como el art. 617, copiado del Código italiano; pero no obstante lo cual, y la indeterminación de las leyes á que se refiere, descúbrese desde luego

que la alusión va directa á la ley anteriormente citada de 9-16 de Mayo de 1835.

Dícese en el art. 1.º de la citada ley que corresponden al Estado los bienes semovientes, *muebles* é inmuebles, derechos y prestaciones que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna; los buques que por naufragio arriben á las costas del Reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demás que se hallare en ellos, luego que, pasado el tiempo prevenido por las leyes, resulte no tener dueño conocido, y lo que la mar arrojare á las playas, sea ó no procedente de naufragio, con excepción sólo de los productos de la misma mar y los efectos que las leyes conceden al que los ocupe ó encuentre.

Expuesto lo que antecede y dando por cierto que todo bien mueble vacante, en cuya categoría se encuentran los abandonados, pertenece al Estado como entidad suprema representativa de los individuos que lo componen, en seguida brota la duda, natural, espontánea y justificada: porque si el dominio eminente del Estado abarca la totalidad, ¿á qué bienes alude circunstancialmente el art. 610 del Código civil al mencionar las cosas muebles abandonadas?

En el proceso cronológico de nuestra legislación hase presentado la misma antinomia jurídica con duplicidad, aunque alternativamente.

Tomándolo del Derecho romano que, por boca de Gayo, expresaba que *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*, la legislación alfonsina sancionó en la *ley 49, tit. XXVIII de la 3.ª Partida*, que *quando algund ome echare alguna su cosa mueble con intención que non quiere que sea suya, que quien quier que la tome primeramente, e la lleue, que gana el señorio della, e sera suya dende adelante.*

Por ley de D. Alfonso y Don Enrique III, *6.ª, tit. III, libro VI* de las recopiladas, y posteriormente, *2.ª, tit. XXII, libro X de la Novísima*, dispúsose que toda cosa que fuere encontrada en cualquier manera mostrenca, desamparada, había de entregarse á la justicia del lugar ó de la jurisdicción en que hubiere sido hallada, y retenida un año; y si el dueño no pareciere, entregada á la Real Cámara.

Borrado el concepto personalísimo y autoritario del Gobierno

monárquico puro é implantado el régimen constitucional y representativo, el poder absorbente de la antigua Real Cámara á la que se aplicaba lo mostrenco, vino á refluir en la entidad Estado, y reunidas Cortes generales del Reino, la ley promulgada en 16 de Mayo de 1835 estatuyó, entre otras cosas, que todos los bienes muebles mostrencos, es decir, vacantes y sin dueño conocido, correspondían al Estado.

Dióse entonces el caso de una ley especial contrapuesta á una disposición sustantiva; pero andando los años promúlgase el Código civil, recoge pura é íntegra la doctrina romana y de Partidas respecto á la libertad de ocupación de las cosas muebles abandonadas, y entonces suscítase el caso inverso; es decir, el de una ley sustantiva y posterior contrapuesta á una ley especial, que por raro contraste del capricho, cuando no del descuido, queda también vigente á virtud de un texto expreso de esa propia ley sustantiva.

Y dados estos antecedentes, ¿cómo se descifra el enigma? ¿Qué precepto nos da la clave?

¿Pertenecen las cosas muebles abandonadas al Estado por el influjo incontrarrestable de su dominio eminente, ó al primero que las ocupe? Dado caso de la ocupación por un particular cualquiera, ¿podrá el Estado por medio de la oportuna acción reivindicarlos de quien los posea ó detente sin títulos legítimos?

No hay para qué expresar que en la práctica de la vida legal el caso tiene más de imaginario que de positivo, y los problemas jurídicos planeados más de teóricos que de reales, porque si *A* ó *B* recogen ú ocupan una joya abandonada ó cualquier otro objeto mueble, seguramente no será el Estado por conducto de su representación quien le dispute el dominio. Mas descartando la rareza del supuesto, ¿quién podrá motejar de ilusoria la pugna entre el precepto generalísimo y punto menos que proverbial del artículo 610 del Código y el texto del art. 1.°, núm. 1.° de la ley llamada de Mostrencos? El engranaje entre una y otra ley no es todo lo ajustado que debiera ser, porque los mecánicos anduvieron algo remisos en el pulimento del rodaje.

Acaso se arguya que toda esta aparatosa antinomia se desvanece con tener en cuenta que, siendo el Código una ley fundamental y posterior, condiciona y modifica la ley de Mostrencos en aquellos particulares disconformes. Hasta cierto punto, el argumento es verdadero; pero esto no obsta ni destruye el defecto,

porque la misma indeterminación en que el Código ha dejado el concepto de cosa mueble abandonada, es la mejor demostración que puede ofrecerse.

¿Es acaso que al calor de la nueva ley se ha volatilizado el dominio eminente del Estado sobre todas las cosas muebles vacantes? No, seguramente; porque lo que la mar arroje á las playas, proceda ó no de naufragio, sigue correspondiendo al Estado, al tenor del art. 617 del Código, en armonía con el apartado 3.°, art. 1.° de la ley de 16 de Mayo de 1835. Y sin ir más lejos, aun cuando hoy los bienes de los que mueran intestados y carezcan de parientes con capacidad para suceder no pasen derechamente al fisco, no es menos cierto que es el Estado quien hereda, distribuyéndose la herencia entre los establecimientos benéficos y de instrucción gratuita, por el orden de prelación que establece el artículo 956 del Código; ó lo que es lo mismo, hereda la entidad Estado, pero disfrutan de las utilidades de la herencia aquellos organismos más necesitados de amparo.

Vese, pues, que el dominio eminente del Estado sobre los bienes muebles vacantes subsiste, y para buscar la debida concordia entre un apotegma jurídico cual el del artículo que comentamos y el principio fundamental de una ley mutilada como la de Mostrencos, precisa depurar aquellos elementos diferenciales y á la par de relación que, como banderines de topógrafo, delimiten el campo de ambas leyes. Que los bienes arrojados por las olas del mar á las playas y los procedentes de ab-intestatos vacantes, corresponden al Estado, no hay que dudarlo; pero que las cosas muebles abandonadas pertenecen al primero que las ocupa también es una verdad incontrovertible.

El elemento diferencial debe buscarse, en nuestro sentir, en el hecho de la naturaleza, en la manifestación de una fuerza natural, ajena á toda determinación consciente. Así, v. gr., *A* fallece (hecho de la naturaleza) ab-intestato y sin parientes que le sucedan. Los bienes muebles de su herencia no quedan á merced de la actividad del primero que los ocupe, sino que recaen en cabeza del Estado. (Art. 956 del Código.)

El buque *B* naufraga (manisfestación de una fuerza natural). Los restos del naufragio que el mar arroje á las playas, de igual manera pertenecen al Estado, quien desde luego puede incautarse de ellos. (Art. 7.° de la ley de Mostrencos.)

C abandona voluntariamente en medio de un campo ó de una carretera un cesto con frutas, v. gr. El primero que las ocupe las hace suyas. (Art. 610 del Código.)

Si en el hecho de la naturaleza no reside el elemento diferencial que buscamos, ya que el Código ha tenido á bien no determinarlo, confesamos paladinamente que nuestra fuerza de investigación y de análisis no alcanza á más.

Pensamos que, con efecto, en la presencia ó ausencia de un hecho forzoso estriba la distinción; y nos confirma más en nuestro criterio el proceder de los legisladores con respecto á las cosas muebles extraviadas. Cuando transcurrido el lapso de dos años sin haberse formulado demanda restitutoria, la cosa mueble perdida y consignada en poder de la autoridad pública se torna vacante, no confiere el Código su propiedad al Estado, sino que se la otorga al que realizó el hallazgo, es decir, al que la ocupó. De no prevalecer la doctrina de que las cosas muebles abandonadas pertenecen al primero que las ocupa, las cosas perdidas y no reclamadas adjudicaríalas el Código al Estado, hecha deducción del premio ó bonificación por el hallazgo, que se le concedería al inventor.

Expuesto queda cuanto de pertinente nos sugiere el pensamiento con relación al artículo objeto de nuestro comentario. (Véase Apéndice núm. 1.)

ART. 611. El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales.

Concordancias.—Análogo al art. 608 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Como artículo que es de referencia, carece de precedentes concretos.

COMENTARIO.—Atendiendo á la contextura del art. 611 del Código civil patrio, la palabra comentario despega en absoluto, porque la mera referencia á las leyes de caza y pesca, más bien

que comento explicativo, arguye exposición de doctrina puramente positiva.

Bastaría ciertamente con aludir á un Apéndice del tomo XI actual, y en dicho lugar transcribir las disposiciones en vigor relativas á la ocupación de los animales bravíos, que se realiza por medio de la pesca y de la caza. No hemos, sin embargo, de proceder así, y sin olvidar la importancia de las leyes que en la actualidad rigen sobre tan importantes modos adquisitivos del dominio semoviente, permítasenos la expresión, no habremos de descuidar tampoco los antecedentes históricos y las notas críticas, verdaderos microscopios de que se vale el análisis legal.

Profesamos el parecer de que un Código civil debe ser expresión integral del derecho de un país en cuanto atañe á las relaciones de los individuos y á la propiedad. Por eso somos refractarios de estas referencias á leyes tintadas de un matiz administrativo, siquiera sus elementos substanciales sean genuinamente civiles.

El Código español no prescinde de definir la caza y la pesca como uno de los modos adquisitivos que se resuelven en la ocupación, principio y fin de su proceso jurídico, como alfa y omega de su integración legal; y la prueba consiste en que el art. 610 dice así: *se adquieren por la ocupación* los bienes apropiables por su naturaleza, que carecen de dueño, *como los animales que son objeto de la caza y pesca*. Mas, hasta aquí, y no más, llega el vuelo del legislador; porque, sin detenerse á reflexionar que definida en dicha forma la ocupación de los animales bravíos, sólo se la considera bajo un aspecto objetivo, deja en el más descuidado abandono el aspecto meramente subjetivo, produciendo un sensible vacío en esta parte del Derecho civil, importante por más de un concepto. No basta la estimación como modo adquisitivo de la caza y de la pesca; hay que expresar quiénes son los sujetos capaces de semejante ocupación, hay que cohonestar los fueros de la propiedad privada con los derechos nacidos por la misma *occupatio*, dende cuya armónica labor se comprende la designación de tepos en que es posible la caza y de las aguas en que es lícito scar, dejando á los reglamentos administrativos la determinain de las épocas de veda, la forma en que puede cazarse ó pesrse sin destruir los gérmenes ni malograr tan preciada fuente

de pública riqueza, las disposiciones penales aplicables por contravención de tales reglamentos, etc.

Esto es, en nuestro sentir, lo correcto, y lo que el Código español debió hacer, siguiendo las huellas que le trazara el Código lusitano y la generalidad de los Códigos de las Repúblicas americanas. Incluso el mismo Código de Italia, en el que tan manifiestamente se ha inspirado el título que comentamos, añade á la referencia de las leyes especiales por las cuales se regula el ejercicio de la caza y de la pesca, un párrafo en el que se consagran los derechos del propietario, prohibiendo al cazador entrar en el predio ajeno sin la licencia del dueño.

***

La caza y la pesca son, por decirlo así, células originarias de la propiedad individual. La primera idea de apropiación hubo necesariamente de surgir cuando, hostigados los primitivos habitantes del planeta Tierra por la necesidad de satisfacer el deseo de la nutrición, aprehendieron los frutos de los árboles, sobre los cuales vivían para librarse de las fieras, se los asimilaron y encontraron en ello un placer, por lo mismo que llenaban una exigencia material.

En el estadio medio del estado salvaje, según la clasificación del ilustre Morgan, tuvo su principio la apropiación de los pescados, de los moluscos y de los crustáceos, por el empleo alimenticio de los mismos, coincidiendo con el uso del fuego, que permitía hacer más fácilmente comestible el producto de la pesca.

En este mismo período, y por el invento de las primeras armas, la lanza y la maza, comenzó el ejercicio de la caza, el cual hubo de alcanzar su mayor desarrollo en el estadio superior, cuando, merced á la invención del arco y la flecha, llegó á ser, como afirma Engels siguiendo á Morgan, la caza un alimento corriente, y el cazar una de las ramas habituales del trabajo. Si ahora recordamos los conceptos por los cuales explica la que podríamos llamar escuela sociológica civil, el fundamento científico de la propiedad, se justificará la razón con que hemos calificado á la caza y á la pesca de células originarias de la propiedad individual.

***

CAZA.—*Derecho vigente.—Ley de 10 de Enero de 1879.*—Rige en la actualidad la ley promulgada en la fecha transcrita, que vino á sustituir al Real decreto de 3 de Mayo de 1834, vigente aún en lo que concierne al derecho de pesca. Consta la ley de Caza de ocho secciones, y vamos á ocuparnos de ella alternando su exposición con algunas glosas y concordancias.

I. *Clasificación de los animales para los efectos de su apropiación por la caza.*—Comienza la ley por clasificar los animales susceptibles de ocupación en tres categorías: es á saber, fieros ó salvajes, amansados ó domesticados, y mansos ó domésticos. Correspondía esta clasificación al Código civil, y ya hubimos de hacer notar la laguna al comentar el art. 465 referente á la posesión de los animales bravíos. Sin embargo, el legislador español ha optado por permanecer silencioso, refiriéndose, sin duda mentalmente, á la Sección 1.ª de la ley que nos ocupa, mas sin reparar en que la clasificación que en ella se plantea se constriñe á los mismos fines privativos de la ley, siquiera armonice con la noción general de los Códigos, expositores y comentaristas.

1.° *Animales fieros.*

Son animales fieros ó salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza (art. 2.°).

2.° *Animales amansados ó domesticados.*

Son aquellos que, siendo por su naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre (art. 3.°).

3.° *Animales mansos ó domésticos.*—Se entienden por tales los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio.

Aunque salgan de su poder, puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentación (art. 5.°).

Los animales domésticos, por su propia naturaleza é instinto, viven en las habitaciones del hombre ó en sus anexos, tienen desde su nacimiento un dueño, constituyen siempre una propiedad. De aquí que estos animales no sean objeto de caza, y de aquí también que la ley formule esta aclaración antes de definir, no el derecho de caza, á lo menos la acepción genérica del verbo cazar.

Bajo la acepción genérica de cazar, dice el art. 7.°, se comende todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender para lucirlos á propiedad particular á los animales fieros ó amansa-

dos que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.

Siendo la ocupación un modo adquisitivo del dominio y la caza una de las artes inteligentes en las cuales aquélla ajusta con más exactitud, se comprende desde luego el precepto del artículo 6.°, consagrado por el art. 610 del Código, y á tenor de cuyo precepto los animales fieros pasan á poder de los hombres por la caza.

La propiedad de que el hombre goza sobre los animales bravíos y sobre los domesticados es una propiedad viva, militante, identificada con la posesión de tal suerte, que se extingue, tratándose de animales fieros, en el momento que éstos recuperan su primitiva libertad, y de animales amansados por la no reclamación del dueño en el transcurso de veinte días, contados desde la ocupación por otro.

Así lo confirman los artículos 465 y 612 del Código.

II. *Del derecho de cazar.—Quiénes gozan de este derecho.*

Condición general.—Para el legal ejercicio del derecho de cazar se requiere estar provisto de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza (art. 8.°). Ya por el art. 4.° de la Real orden de 24 de Abril de 1871 se había ordenado que las licencias de caza no fuesen válidas sin la presentación de la de uso de armas; así es que el art. 8.° no ha hecho más que trasladar la misma disposición, aun cuando en forma más concisa y categórica.

1.° *El propietario.*—El derecho de caza corresponde en primer término al propietario en el fundo de su propiedad. Ahora bien: este propietario puede en uso de su derecho autorizar por escrito á un tercero para que cace en sus tierras, imponiéndole las condiciones que tenga por conveniente, pero sin contravenir lo dispuesto por la ley de caza.

2.° *Un tercero debidamente autorizado.*—Si el propietario, al autorizar para cazar en su propiedad, no estableciere condiciones especiales, se entenderá concedido el permiso con arreglo á las prescripciones de la ley aludida (artículos 9.°, 10 y 11).

3.° *Los copropietarios.*—Si una finca pertenece á diversos dueños, cada uno de los propietarios por sí ó por la persona que l represente tiene derecho á cazar, pero no podrá conceder permis á otro que sea su representante para que lo haga, mientras n

obtenga el consentimiento de los condueños que reúnan al menos dos terceras partes de la propiedad (art. 12).

4.° *El arrendatario.*—El derecho de cazar corresponde al arrendatario de la finca si en el contrato de arrendamiento no se hubiese estipulado lo contrario (art. 13).

5.° *El usufructuario enfiteuta, depositario y administrador.*—Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad ó la finca esté concedida en enfiteusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta. Cuando la finca esté en administración ó en depósito judicial ó voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de conceder ó negar el permiso de cazar.

III. *Terrenos en los cuales puede ejercitarse el derecho de caza.*

1.° Libremente y previa la concesión de las licencias de escopeta y caza, en los terrenos del Estado ó de los pueblos que no se hallen vedados.

2.° Libremente por el propietario en sus tierras.

3.° Libremente, y una vez que hayan sido levantadas las cosechas, en cualquier dehesa, heredad ó tierra perteneciente á dominio particular que no esté materialmente amojonada, cerrada ó acotada.

4.° Con licencia por escrito, los autorizados por el dueño en las fincas de este último, ya se hallen materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas, ya no, con tal que en este último caso estuvieren pendientes las cosechas (artículos 9.°, 10 y 15).

A) Armonía entre las prerrogativas de la propiedad privada y los derechos que otorga la ocupación inherente al acto de cazar.

El cazador que, usando de su derecho de caza desde una finca donde le sea permitido cazar, hiera una pieza de caza menor que caiga ó entre en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño cuando la heredad esté materialmente cerrada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar sólo á coger la pieza herida ó muerta, sin permiso del dueño, estén ó no levantadas las cosechas en el fundo; pero será responsable de los perjuicios que cause. Ya la ley de Partidas procuró por los derechos del propietario, mas siguiendo el criterio formalista de que los animales bravíos son de quien los

prenda en heredad suya ó en la ajena, salvo si el señor de la heredad se lo prohibiera al cazador expresamente, *ca ningun ome non deue entrar en heredad agena para caçar en ella; nin en otra manera contra defendimiento de su señor.*

IV. *Del ejercicio del derecho de caza.*

1.° *Facultades de los dueños en las tierras de su propiedad.*

Los dueños particulares de las tierras destinadas á vedados de caza que estén realmente cercadas, amojonadas ó acotadas, podrán cazar en ellas libremente en cualquier época del año (artículo 18).

Los dueños ó arrendatarios de propiedades destinadas á la cría de caza, pueden colocar en ellas toda clase de útiles para la destrucción de animales dañinos ó seguridad de la finca; pero en manera alguna en los caminos, veredas ó sendas de la misma propiedad (art. 24).

El dueño de monte, dehesa ó soto que en tiempo de veda quiera aprovechar los conejos que haya en su propiedad, podrá matarlos por cualquier medio, y, previa la licencia escrita de la autoridad local, venderlos desde 1.° de Julio en adelante. Desde esta fecha hasta que termine la época de veda, los conejos así muertos no podrán ser conducidos por la vía pública sin licencia del Alcalde del término municipal en que radiquen las tierras en que fueron cazados (art. 27).

Los propietarios ó arrendatarios de los sitios destinados á la cría de caza pueden nombrar guardas jurados con sujeción á lo que determina el Reglamento.

2.° *Restricciones del derecho de los dueños.*

Los dueños particulares de las tierras destinadas á vedados de caza que estén realmente cercadas, amojonadas ó acotadas, no podrán usar reclamos ni otros engaños sino á mayor distancia de quinientos metros de las tierras colindantes, á no ser que los dueños de éstas los hubieren autorizado por escrito (art. 18).

3.° *Facultades de los arrendatarios de montes destinados á la explotación de la caza.*

Los arrendatarios de montes y los que se dediquen á la industria de saca de conejos podrán tener hurones, previo el permiso del Gobernador civil de la provincia, el cual hará que se lleve un Registro de los que conceda.

Dicho permiso se registrará en el Ayuntamiento en que esté

domiciliado el que lo obtenga, previo el pago de la contribución que corresponda, por el que ejerza dicha industria (art. 26).

A) Prohibiciones absolutas relativas al ejercicio del derecho de caza.

1.° Se prohíbe en todo tiempo y de un modo absoluto la caza de la perdiz con reclamo, salvo lo dispuesto en el art. 18 (artículo 19).

2.° Se prohíbe asimismo en todo tiempo la caza con hurón, lazos, perchas, redes, ligas y cualquier otro artificio, excepción hecha de los pájaros que no sean declarados insectívoros en el Reglamento que al efecto se forme y de la concesión que el artículo 18 contiene á favor de los dueños de terrenos (art. 20).

3.° Se prohíbe igualmente la formación de cuadrillas para perseguir las perdices á la carrera, ya sea á pie, ya á caballo (artículo 20).

4.° Queda terminantemente prohibida toda caza en los días de nieve y en los llamados de fortuna (art. 21).

5.° No se permite cazar de noche con luz artificial (art. 22).

B) Prohibiciones temporales.—Veda.

Queda absolutamente prohibida toda clase de caza en la época de la reproducción, que es, en las provincias de Álava, Ávila, Burgos, Coruña, Guipúzcoa, Huesca, León, Logroño, Lugo, Madrid, Navarra, Orense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora desde 1.° de Mayo hasta 1.° de Septiembre, y en las demás del Reino, incluso Baleares y Canarias, desde el 15 de Febrero al 15 de Agosto. En las albuferas y lagunas donde se acostumbra á cazar los ánades y patos silvestres, podrá realizarse hasta el 31 de Marzo.

Las palomas, tórtolas y codornices podrán cazarse desde 1.° de Agosto en aquellos predios en que se encuentren levantadas las cosechas.

Las aves insectívoras, que determinará un Reglamento especial, no pueden cazarse en tiempo alguno, en atención al beneficio que reportan á la agricultura (art. 17).

a) Medidas coadyuvantes á la eficacia de la veda.

En consonancia con el planteamiento de la veda, y con el fin de que resulte eficaz, aparte de las disposiciones penales, decreta el art. 25 la prohibición absoluta de que circule y se venda caza

y pájaros muertos en toda España é islas adyacentes, con la sola excepción determinada en el art. 27.

C) Prohibiciones por razón de seguridad personal.

No se permite cazar con armas de fuego, sino á distancia de un kilómetro, contado desde la última casa de la población (artículo 23).

D) Prohibiciones por razón de defensa y protección de la propiedad privada.

1.° No podrá tirarse á las palomas domésticas *ajenas*, sino á la distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aun así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles ni otro engaño (artículo 32).

Para evitar los perjuicios que en ciertas épocas del año pueden causar las palomas, tanto domésticas como silvestres, dedicadas á criaderos en palomar, los Alcaldes de los pueblos donde existan los palomares dictarán las disposiciones que crean oportunas, fijando las épocas en que deben hallarse cerrados (artículo 33).

2.° Desde 1.° de Marzo á 15 de Octubre se prohibe en toda España é islas adyacentes la caza con galgo en las tierras labrantías desde la siembra hasta la recolección, y en los viñedos desde el brote hasta la vendimia (art. 34).

Los que quisieren cazar con galgos, deberán obtener una licencia especial del Gobernador civil de la provincia, previo el pago de 25 pesetas, cuya licencia sólo servirá para un año desde su fecha, seis personas y diez perros (art. 35).

V. *De la caza mayor.*

1.° *Veda.*—La veda establecida para la caza menor comprende también á la mayor (art. 36).

2.° *Propiedad de las reses mayores, objeto de la caza.*

Todo cazador que hiera á una res tiene derecho á ella mientras él solo ó con sus perros la persiga (art. 37).

Si una ó más reses fuesen levantadas y no heridas por uno ó más cazadores ó por sus perros, y otro cazador matase una ó más de aquéllas durante la carrera, el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando tendrán iguales derechos á la pieza ó piezas muertas, que los cazadores que las hayan levantado y perseguido (art. 38).

Ya la *ley 16, tit. VI, libro III del Fuero Real*, previó el caso de

que algún Caballero ó Montero levantase caza mayor, y sentó la doctrina de que mientras que aquéllos que la levantaren fuesen tras ella, ningún otro pudiera apoderarse de la res. La *ley 21, título XXVIII de la 3.ª Partida,* partió del supuesto de que el venado hubiese sido herido por unos cazadores y otros lo aprehendiesen. He aquí sus palabras: «*Dezimos que deue ser de aquellos que lo prissieren primeramente: ca maguer ellos lo hayan ferido, non es aun en su poder.*»

Como es visto, la ley de Caza establece como condiciones para adquirir el dominio pleno de la res, haberla herido, y la de manifestar visiblemente la aspiración de aprehenderla por medio de una persecución mantenida. De tal suerte que si un cazador hiriere, v. gr., un venado, y estando persiguiéndole por sí ó con sus perros, otro cazador volviere á herirle y le matase, no adquiriría el segundo ningún derecho sobre el venado. Aquí se descubre la influencia de la pura teoría mantenida por el Fuero Real. Pero el acto de levantar una pieza de caza mayor y perseguirla, significa cuando menos el deseo de ocuparla, y el comienzo de su realización. Por esto la ley de Caza concede al que hubiere levantado la res y al que la hubiere herido idénticos derechos; y con la mira de evitar la contienda que podría acaecer según dice el Código alfonsino, extiende estos derechos sobre la res muerta á los compañeros que estuvieren de montería con ambos cazadores.

VI. *De la caza de animales dañinos.*

1.º *Enumeración de los animales dañinos.*—Desde la promulgación de la ley de Caza vigente viénese anunciando su Reglamento, y aquí donde el prurito de legislar raya en incontinencia, esta es la hora en que el anuncio no ha encarnado en ninguna realidad legal. A este Reglamento habrá de corresponderle la enumeración, así de los animales dañinos como de las aves insectívoras, pero entre tanto no se publique, hay que acogerse al Real decreto de 3 de Mayo de 1834. Según el art. 25, será libre la caza de animales dañinos, á saber: lobos, zorras, garduñas, gatos monteses, tejones y turones.

Vengamos ahora á la ley vigente.

2.º *Libre caza de los animales dañinos.*—A tenor de su art. 39, a caza de animales dañinos (que determinará el Reglamento), es bre en los terrenos del Estado ó de los pueblos y en los trasjeros e propiedad particular no cerrados ó amojonados; pero en los

cercados, pertenezcan á pueblos ó particulares, no será permitida sin licencia escrita de los dueños ó arrendatarios.

Los Alcaldes estimularán la persecución de las fieras y animales dañinos, ofreciendo recompensas pecuniarias á los que acrediten haberlos muerto; al efecto, incluirán entre sus gastos obligatorios la correspondiente partida en el presupuesto municipal de cada año (art. 40).

3.° *Batidas y envenenamiento.*

Cuando las circunstancias lo exijan, los Alcaldes, previa autorización del Gobernador civil de la provincia, podrán obtener batidas generales para la destrucción de animales dañinos y el envenenamiento de éstos.

Tomarán las medidas necesarias para la seguridad y conservación de las personas y de las propiedades, el modo, la duración y la marcha de la operación y todas las demás que sean necesarias para asegurar la regularidad y evitar los peligros y los inconvenientes (art. 41).

Las batidas y los envenenamientos serán dirigidos por personas peritas que nombrarán las Autoridades administrativas, y se anunciarán durante tres días consecutivos por medio de bandos en el pueblo en cuyo término haya de tener lugar y en los pueblos colindantes (art. 42).

El resultado se pondrá en conocimiento del Gobernador civil de la provincia por medio de un informe, en el que se consignarán todas las observaciones necesarias á dar cuenta exacta en la forma en que se ha llevado á efecto la operación (art. 43).

VII. *Penalidad y procedimientos.*

Sólo mencionaremos las disposiciones fundamentales relativas al particular, remitiendo á nuestros lectores, para el conocimiento de las restantes, al Apéndice núm. 2 que se inserta al final del tomo.

1.° La acción para denunciar las infracciones de la ley de Caza es pública (art. 44).

2.° Los padres, representantes legales y amos de los infractores, serán responsables civil y subsidiariamente por las infracciones que cometan sus hijos, criados ó personas que estén bajo su poder (art. 53).

3.° Las declaraciones de los guardas jurados en las denuncias que hagan con arreglo á esta ley tendrán la fuerza de

prueba plena, salvo siempre la justificación en contrario (artículo 31).

4.° La acción para perseguir las infracciones de la ley de Caza prescribe á los dos meses de haberlas cometido.

Tal es la ley que regula el disfrute de uno de los ramos más interesantes de la riqueza natural. Descuidos y abandonos de las Autoridades administrativas han originado algunas resoluciones más bien admonitivas que de orden legal, toda vez que no han alterado la letra de la vigente ley ni modificado su espíritu. Entre éstas, son dignas de mención la Real orden de 7 de Mayo de 1880, sobre exacto cumplimiento de la ley de Caza; la circular de 5 de Febrero de 1881 sobre el celo y rigor con que debe procederse en la observancia estricta de la veda; la importante Real orden de 14 de Marzo de 1881 sobre cumplimiento de la ley de Caza y prevenciones relativas á la publicación de edictos de la veda en general, y en particular sobre la caza de perdiz con reclamo macho y destrucción de nidos, circulación y venta de caza, y caza con hurones y galgos, y la circular de 2 de Marzo de 1888 previniendo á los Gobernadores respecto de la más rigurosa observancia de las disposiciones legales sobre caza.

***

PESCA.—*Derecho vigente.*—Para desarrollar metódicamente la legislación positiva concerniente al llamado derecho de pesca, vamos á dividir su exposición en tres partes, según se trate de la pesca fluvial en el territorio de la Península, de la pesca marítima y de la que se efectúa en los ríos cuyas aguas discurren por terrenos ó álveos correspondientes á dos naciones distintas.

I. *Pesca fluvial.*

Abolidos por la ley de 6 de Agosto de 1811 los antiguos privilegios llamados exclusivos, privativos y prohibitivos que traían su origen de señorío, como eran los de caza, pesca, hornos, molinos, aguas, montes y demás, bien pudo desde entonces afirmarse que el derecho de pesca era un derecho enteramente libre en cuanto no afectase ó desmembrase otros derechos integrales como el de propiedad privada, puesto que la abolición se entendió en el sentido de que los derechos sobre los cuales recayeron los privilegios y aprovechamientos quedarían al libre uso de

los pueblos con arreglo al derecho común y á las reglas municipales establecidas en cada localidad y sin que por ello los dueños se entendiesen privados del uso que como particulares podían hacer de los hornos, molinos y demás fincas de dicha especie ni de los aprovechamientos comunes de aguas, pastos y demás á que por razón de vecindad podían alegar derecho.

De las vicisitudes sufridas por la incorporación de los señoríos jurisdiccionales, y por la abolición de privilegios, es testigo de mayor excepción nuestra colección legislativa.

Baste decir que por ley de 9 de Julio de 1856, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 7.° y 8.° de la ley de 6 de Agosto de 1811, confirmada por las de 13 de Julio de 1813 y 3 de Mayo de 1823, restablecidas por decreto de las Cortes en 20 de Enero de 1837, declarando abolidos los privilegios llamados privativos y prohibitivos en materia de caza y pesca que tengan origen de señorío, se ordenó que el Gobierno dictara las disposiciones oportunas para que se hicieran efectivos á los pueblos y particulares los beneficios de las citadas leyes.

Ya por entonces regía el Real decreto de 3 de Mayo de 1834, por virtud del cual se legisló sobre caza y pesca, y se deslindaron y armonizaron los derechos de los propietarios y los atribuidos á la colectividad nacional en concepto de público disfrute.

Esta ley, derogada por la de 10 de Enero de 1879, por lo que respecta al derecho de caza, continúa rigiendo en lo concerniente á la pesca, si bien hay que engranarla con la de aguas, toda vez que en esta última hállanse principios de orden constitucional en punto á la materia que nos ocupa.

Tampoco puede pasar desapercibido el Real decreto de 15 de Noviembre de 1895, dictado con el propósito de reglamentar la veda, en armonía con los adelantos ictiológicos.

A) Del derecho de pescar en las aguas públicas.

1.° En las aguas corrientes, cuyas orillas pertenezcan á baldíos ó á propios, en el caso de no estar arrendada la pesca, se declara ésta libre hasta la mitad de la corriente para todos los vecinos del pueblo á cuyo término pertenezcan las orillas y no á los otros pueblos, aunque tengan comunidad de pastos. Las justicias podrán dar licencia para pescar á los forasteros; pero tanto éstos como los vecinos estarán sujetos á las restricciones designadas. *(Art. 42 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.)*

Este artículo, inspirado en un criterio restrictivo, ha sido modificado por el art. 129 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, cuyo artículo dice así:

«Todos pueden pescar en cauces públicos, sujetándose á las leyes y Reglamentos de policía que especialmente sobre la pesca puedan dictarse, siempre que no se embarace la navegación.

En los canales, acequias ó acueductos para la conducción de las aguas públicas, aunque construídos por concesionarios de éstas, y á menos de habérseles reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesión, pueden todos pescar con anzuelos, redes ó nasas, sujetándose á los Reglamentos especiales de pesca, con tal que no se embarace el curso del agua ni se deteriore el canal ó sus márgenes.» (*Art. 130 de la ley de Aguas.*)

En todo lo que se refiere á la construcción de encañizadas ó cualesquiera otra clase de aparatos destinados á la pesca, tanto en los ríos navegables y flotables como en los que no lo sean, se observarán las disposiciones vigentes sobre esta materia ó las que en lo sucesivo pudieran dictarse.

Los dueños de encañizadas ó pesquerías establecidas en ríos navegables y flotables, no tendrán derecho á indemnización por los daños que en ellas causen los barcos ó las maderas en su navegación y flotación, a no mediar por parte de los conductores infracción de los reglamentos generales, malicia ó evidente negligencia. (*Artículos 131 y 132 de la ley de Aguas.*)

B) Del derecho de pescar en aguas de dominio privado.

a) Aguas estancadas.—Los dueños particulares de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas están autorizados, en virtud del derecho de propiedad, para pescar en ellos durante todo el año, sin sujeción á regla alguna.

Se entienden por tierras cercadas en este título, y en todos los demás del actual decreto, las que lo estén enteramente y no á medias ó aportilladas, de suerte que puedan entrar las caballerías. (*Art. 36 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.*)

No quiere esto, á nuestro juicio, expresar que cuando las tierras no estén materialmente cercadas, ó cuando los muros ó la cerca tengan ruinas ó aportillas por donde pueda penetrar una caballería, la ley atribuya á cualquiera persona el derecho de allanar la propiedad ajena y pescar impunemente en la charca

ó estanque del dominio particular. Si no pugnara esto con el espíritu del Real decreto que estamos exponiendo y con toda noción de equidad, lo destruiría por completo el art. 133 de la ley de Aguas vigente, á cuyo tenor, «En las aguas de dominio privado y en las concedidás para el establecimiento de viveros ó criaderos de peces, solamente podrán pescar los dueños ó concesionarios ó los que de ellos obtuvieren permiso, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública.

Bien mirado, el art. 133 de la ley de Aguas y el 36 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834 se inspiran en el mismo pensamiento, siquiera aquél lo exprese con mayor corrección científica y gramatical.

Lo que el citado Real decreto quiere significar es que el derecho de pescar sin ninguna restricción en cuanto á los procedimientos, y consiguientemente por medio del envenenamiento de las aguas, sólo puede ejercitarse allí donde por el cerramiento material del fundo no puedan producirse otros daños que ni aun la más desatentada exaltación de la propiedad individual puede consentir ni autorizar. Así, por otra parte, lo demuestran otros artículos del mismo Real decreto.

Los dueños podrán en virtud de su derecho de propiedad autorizar á sus arrendatarios para que puedan pescar según los términos que entre ellos se estipulen. (Art. 37. Real decreto de 1834.)

Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños particulares, podrá cada cual pescar desde su orilla con sujeción á las reglas generales establecidas, mas si los dueños de los terrenos colindantes se pusiesen de acuerdo, se considerará para el aprovechamiento de la pesca como si fuera uno solo. (Art. 39. Real decreto de 1834.)

1.º *Restricciones impuestas á los propietarios de terrenos donde existieren aguas estancadas, respecto del derecho de pescar.*

Se prohíbe á los dueños particulares y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque estén amojonadas, pescar en ellos envenenando ó inficionando de cualquier modo las aguas, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó á los animales domésticos transeúntes que la bebieren.

b) *Aguas corrientes. Márgenes de propiedad privada.*—En las aguas corrientes á que sirven de linde tierras de propiedad par-

ticular, podrán los dueños de éstas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente, con sujeción á las restricciones de ordenanza. (Art. 40. Real decreto de 3 de Mayo de 1834.)

Creemos que el texto del artículo copiado es letra muerta, y que su precepto puede reemplazarse con este otro, en armonía con el art. 123 de la ley de 13 de Junio de 1879.

En aguas corrientes á las cuales sirvan de linde tierras de propiedad privada, podrán los dueños de las riberas pescar en toda la extensión ó anchura del cauce. La misma regla regirá cuando se trate de una linde de dominio público y otra de dominio particular.

C) Restricciones del derecho de pescar.

a) Prohibiciones absolutas.—1.° Se prohíbe pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningún caso, fuera del de ser estancadas y estar enclavadas en tierras cercadas, de propiedad particular.

2.° Para el ejercicio de la pesca fluvial, fuera del tiempo de veda, se prohíbe en absoluto el uso de *artes fijos,* como máquinas Duhart, nasas y buitrones fijos, redes sujetas al cauce, y el establecimiento de apostales, estacadas y atajadizos de cualquiera clase. Los que existan actualmente serán levantados ó destruídos por cuenta de sus dueños. (Real decreto de 15 de Noviembre de 1895. Art. 5.°)

3.° Para la pesca del salmón y de la trucha de mar en aguas dulces, no se permitirán redes cuyas mallas en el centro de la red, y estando ésta mojada, midan menos de 55 milímetros de lado y 65 milímetros en los costados. Para pescar las demás especies de peces de agua dulce, las mallas menores de las redes han de tener 25 milímetros de lado por lo menos. (Real decreto de 15 de Noviembre de 1895. Art. 6.°)

b) Prohibiciones temporales. Veda.

1.° Desde 1.° de Marzo hasta último de Julio se prohíbe pescar, no siendo con caña ó anzuelo, lo cual se permite en cualquier tiempo del año. (Art. 47. Real decreto de 3 de Mayo de 1834.)

Esta disposición hállase corroborada por el art. 2.° del Real decreto de 15 de Noviembre de 1895.

2.° El periodo de veda para la pesca en aguas dulces del salmón, truchas de mar y común, mullas y demás peces de la familia de los salmónidos, durará seis meses y medio, que empeza-

rán á contarse desde el día 1.° de Agosto y terminarán el 15 de Febrero. Para la trucha Arco iris, la veda empezará en 1.° de Octubre, y durará hasta el 15 de Abril. (Real decreto de 15 de Noviembre de 1895. Art. 1.°)

Por la disposición anteriormente transcrita ha sido reformado el Real decreto de 27 de Febrero de 1890, el cual establecía la veda para los salmónidos tan sólo por cinco meses, contados desde el 1.° de Septiembre al 17 de Febrero.

c) *Caso de excepción.*—A pesar de lo absoluto y general de la prohibición que la veda lleva consigo, el citado Real decreto de 15 de Noviembre de 1895 en su art. 4.° ordena que el personal afecto á los establecimientos de piscicultura podrá pescar con licencia en las aguas públicas durante los períodos de veda, los peces reproductores de cualquiera especie que exijan las necesidades de dichos establecimientos, así como transportar las crías que se destinen á la repoblación de los ríos.

C) *Medidas coadyuvantes á la eficacia de la veda.*

Considerando que las disposiciones de los artículos 25 y 27 de la ley de Caza están inspiradas en el deseo de evitar que á la sombra de los intereses privados, puedan menoscabarse los públicos, é impedir, por consiguiente, que en tiempo de veda puedan circular y venderse como extraídos de propiedad particular animales cazados en terrenos públicos:

Considerando que hay verdadera analogía entre el aprovechamiento de la caza y el de la pesca, y por tanto, es perfectamente correcto que se apliquen á la segunda las disposiciones mencionadas relativas á la primera como medida de policía;

S. M. el Rey..... ha tenido á bien disponer que mientras no sea ley el proyecto de pesca fluvial que se encuentra pendiente de aprobación en los Cuerpos Colegisladores, se consideren aplicables para el aprovechamiento de la pesca en aguas de dominio particular los artículos 25 y 27 de la ley de Caza vigente, debiendo publicarse esta disposición en la *Gaceta* como medida de carácter general. (Real orden de 4 de Julio de 1890.)

Esta disposición de carácter transitorio ha venido al cabo á revestir un aspecto más permanente, si bien no con la solidez de una ley, á virtud del Real decreto de 15 de Noviembre de 1895, en cuyo art. 3.° se ordena que durante los períodos de veda se prohíbe, no sólo la pesca, sino también la circulación y venta de las

clases de pescado á que dichas vedas se refieran, á no ser que se justifique su procedencia de aguas de dominio privado por medio de certificación expedida por el Alcalde de la jurisdicción á que aquéllas pertenezcan, aplicándose al efecto y al tenor de lo mandado en la Real orden de 4 de Julio de 1890 las disposiciones de los artículos 25 y 27 de la ley de Caza vigente de 10 de Enero de 1879.

D) Servidumbres legales por razón del derecho de pesca.

Los dueños de las márgenes de los ríos están obligados á permitir que los pescadores tiendan y sequen en ellas sus redes y depositen temporalmente el producto de la pesca, sin internarse en la finca ni separarse más de tres metros de la orilla del río, según el art. 36 (1), á menos que los accidentes del terreno exijan en algún caso la fijación de mayor anchura. Donde no exista la servidumbre de tránsito por las márgenes para los aprovechamientos comunes de las aguas, podrá el Gobernador establecerla señalando su anchura, previa la indemnización correspondiente. (Art. 123. Ley de 13 de Junio de 1879.)

E) Aprovechamiento de las aguas públicas para viveros ó criaderos de peces.

Los Gobernadores de provincia podrán conceder aprovechamientos de aguas públicas para formar lagos, remansos ó estanques, destinados á viveros ó criaderos de peces, siempre que no se cause perjuicio á la salubridad ó á otros aprovechamientos inferiores con derechos adquiridos anteriormente.

Para solicitar la concesión de dicha industria, el peticionario presentará el proyecto completo de las obras y el título que acredite ser dueño del terreno donde hayan de construirse, ó haber obtenido el consentimiento de quien lo fuere. El Gobernador de la provincia instruirá al efecto el oportuno expediente.

Los concesionarios de aguas públicas para riegos, navegación ó establecimientos industriales, podrán, previo expediente, formar en sus canales ó en los terrenos contiguos que hubiesen adquirido, remansos ó estanques para viveros de peces.

---

(1) *Art. 36 de la ley de Aguas vigente.*—Las riberas, aun cuando an de dominio privado, en virtud de antigua ley ó costumbre, tán sujetas en toda su extensión, y las márgenes en una zona de s metros, á la servidumbre de uso público en interés general de navegación, la flotación, la pesca y el salvamento...

Las autorizaciones para viveros de peces se darán á perpetuidad. (Art. 222 al 225 inclusive de la ley de Aguas.)

F) Tribunales competentes para entender de las cuestiones relativas al derecho de pesca.

Compete á los Tribunales que ejerzan la jurisdicción civil, el conocimiento de las cuestiones relativas: ..... 4.° al derecho de pesca. (Art. 254 de la ley de Aguas.)

G) Penalidad.

Los infractores de las disposiciones relativas á la veda de la pesca en los ríos serán castigados con las penas que señala el Código penal en sus artículos 608 y 615 y con las que establece el art. 16 del Real decreto de 10 de Agosto de 1876 para los que pesquen sin estar provistos de la correspondiente licencia.

* * *

H) Repoblación de los ríos.—Real decreto de 1.° de Noviembre de 1895.

Comienza dicha disposición administrativa por un extenso y bien razonado prólogo, que así para instrucción como antecedente de nuestros lectores, incluímos á continuación.

La despoblación rápida y continua de nuestros ríos, lagunas y albuferas, dice, y la pérdida de un elemento importante de la alimentación pública, son males cuyo remedio preocupa al Gobierno de S. M.

Hace años que viene disminuyendo la pesca en nuestras aguas dulces. Se han olvidado los medios que contribuyen á su conservación y fomento, y urge reformar la legislación á todas luces deficiente é imprevisora. Por otra parte, son muchos los progresos realizados por la ciencia en este ramo; en ella se inspira la legislación de la pesca fluvial de las Naciones más cultas de Europa.

Una buena ley, sin embargo, no bastaría para remediar los males que se lamentan. Aplicándola podría conseguirse el fomento de la pesca en aquellas aguas en que la despoblación no hubiera llegado á un límite extremo; pero los preceptos legislativos son ineficaces para crearla donde ha desaparecido en absoluto, como triste consecuencia de la codicia ó del abandono.

Para crearla donde ha desaparecido son necesarios los proce

dimientos de la piscicultura, útil aplicación de la embriogenia desarrollada por los trabajos del profesor del colegio de Francia, M. Coste, que estudió las condiciones que aseguran el éxito de las operaciones, é hizo entrar la piscicultura en los dominios de la ciencia. Con la creación del célebre establecimiento de Huningue probó además que la piscicultura no es un experimento curioso que excita el interés de los naturalistas y embriólogos, sino una verdadera industria, y el único medio eficaz para conseguir la repoblación de las aguas dulces. Numerosos experimentos realizados en Europa y América han demostrado que en el proceso natural de la reproducción de los peces que viven en libertad, de cada mil gérmenes depositados se logra un individuo adulto, mientras que con los procedimientos protectores de la piscicultura se salvan más de quinientos. Este dato explica el alcance y la importancia de la industria piscícola, para llegar rápida y eficazmente á la repoblación de las aguas.

Apenas iniciado el movimiento piscícola en Huningue, se propagó con rapidez por toda Europa, y algunos años después adquirió en el Norte de América un desarrollo que asombra. El Gobierno de los Estados Unidos dedica al servicio de las repoblaciones ictícolas 1.166.000 pesetas, y distribuye anualmente cientos de millones de pececillos procedentes de los establecimientos oficiales en sus diferentes ríos.

La Gran Bretaña aplicó los procedimientos de la piscicultura al fomento del salmón. Escocia é Irlanda triplicaron en pocos años el producto de la pesca de esta especie, alcanzando la importante cifra de 20.000.000 de pesetas. En Inglaterra y Gales, que tienen casi doble superficie que Escocia, pero cuyos ríos carecen de aguas tan puras y batidas, y que están inficionadas por el mayor desarrollo de la industria fabril, llegó casi á desaparecer el salmón hace algunos años, cuando aún abundaba á principios de este siglo, hasta el punto de que sólo el producto de su pesca ascendió á 750.000 pesetas en el año de 1860. Actualmente, y después de aplicar en sus ríos con envidiable constancia los procedimientos de repoblación fundados en los principios de la piscicultura, aquel producto se ha elevado á 10.000.000 de pesetas.

En el vasto Imperio alemán, las grandes asociaciones para la repoblación de los ríos, de las cuales forman parte los más eleva-

dos personajes de la Nación, son numerosísimas, pues casi cada provincia tiene la suya, dedicando sus propios recursos y las subvenciones anuales que les concede el Gobierno á la patriótica empresa de fomentar la pesca de agua dulce.

Suecia suelta cada año en sus ríos de 3 á 4 millones de salmoncillos criados artificialmente, habiendo conseguido de este modo cuadruplicar los productos de la pesca. Noruega, donde el salmón había desaparecido á mediados del presente siglo, ha conseguido con sus importantes trabajos piscícolas restaurar esta riqueza, y en la actualidad, no sólo satisface su consumo local, sino que exporta grandes cantidades á otras Naciones, sobre todo á Inglaterra y Alemania.

Á tan elocuentes datos, nosotros desgraciadamente no podemos oponer, en lo que se refiere á la pesca del salmón, más que el recuerdo de su abundancia en los ríos de Galicia, Asturias, Santander, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra en el siglo pasado y las quejas y lamentos que hoy se escuchan en aquellas comarcas por la escasez siempre creciente que se viene experimentando, que amenaza convertirse muy en breve en completa desaparición, como ya ha sucedido en muchos puntos. En tales proporciones ha disminuído el salmón en algunas rías de Asturias durante el transcurso del siglo, que ahora se pesca menor número de salmones en todo el año que antes en un solo día. Pero ni los recuerdos ni las quejas han de remediar el mal, ni tampoco puede fiarse al tiempo y al acaso como hasta aquí la repoblación de aquéllos y de otros ríos de la Península, siendo de notoria urgencia que el Estado, por tratarse de una empresa de pública utilidad, provea á tan perentorias necesidades.

Estimándolo así el Gobierno, publicó el Real decreto de 2 de Septiembre de 1888 iniciando la organización del servicio de las repoblaciones ictícolas; quedó sin realizar este servicio por dificultades de carácter económico, si bien se creó en 1886 el Establecimiento Central de Piscicultura del Monasterio de Piedra, que había de servir de modelo á los que más adelante se fundaran, de escuela permanente de los procedimientos piscícolas y de vivero ó depósito de gérmenes para las necesidades de la repoblación de las aguas dulces.

El Establecimiento Central está dotado de todos los medios de acción y de los elementos necesarios para realizar sus fines;

pero no puede desconocerse que un solo establecimiento de piscicultura no basta para emprender con éxito la tarea de repoblar las aguas dulces de un país de gran superficie como el nuestro y dotado de topografía y clima variados, imponiéndose ineludiblemente la necesidad de fundar otros establecimientos regionales distribuídos con acierto en la extensa red hidrológica de la Península y destinados á efectuar directamente la repoblación de las aguas que con más urgencia la reclamen, avivando los gérmenes que el Establecimiento de Piedra les envíe, hasta que estén dotados de manera que funcionen con independencia. Cada región hidro-ictiológica, cuya área ha de graduarse en función de las distancias máximas á que pueden transportarse los peces vivos, deberá contar con un establecimiento piscícola, y su emplazamiento se precisará al tiempo de proceder á la instalación.

La economía con que ha de montarse este servicio obliga al Ministro á encomendarlo á los Ingenieros de Montes por las razones expuestas en el preámbulo del Real decreto de 2 de Septiembre de 1888. Por ello sin duda la policía, fomento y conservación de la pesca en las cabeceras de las cuencas corresponden á la Administración forestal en Francia; y en Bélgica, Suiza, algunos Estados alemanes y otras Naciones de Europa en todo el curso de los ríos.»

Las consideraciones que anteceden, fundadísimas y merecedoras del más sincero elogio, condensan las causas determinantes del Real decreto de 1.º de Noviembre de 1895.

Para satisfacer las necesidades de la repoblación de las aguas dulces de la Península ordena la creación de los siguientes establecimientos de piscicultura:

Primero. Situado á orillas del río Miño en las inmediaciones de Lugo, para la repoblación del mencionado río, del Tambre, Ulla, Mandeo, Eume, Navia, Eo y sus afluentes.

Segundo. En la región media del río Sella. Sus trabajos se extenderán á los ríos Narcea, Nalón, Deva, Nansa, Besaya, Pas, Miera y Ason.

Tercero. En la parte media del Bidasoa para la repoblación de este río y de los demás de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava.

Cuarto. En la parte alta del río Gállego, comprendiendo en

esta región al citado río, el Aragón, Cinca y sus numerosos afluentes.

Quinto. En la región superior del Ter, para este río, el Segre y sus afluentes, y para el Llobregat, Fluviá y Muga.

Sexto. En la cabecera de la cuenca del Ebro, cerca de Reinosa. La región de este Establecimiento comprende, además, el río Pisuerga y sus afluentes.

Séptimo. En la parte alta del río Sil, é inmediaciones de Ponferrada, para la repoblación de la cabecera de dicho río y de la cuenca del Esla.

Octavo. En la región superior del Tormes, para la repoblación de este río, del Adaja, Alberche, Alagón, Jerte y Tietar.

Noveno. En el nacimiento del río Cega. Comprende esta región dicho río, el Riaza, Duratón, Pirón, Eresma, Moros, Lozoya y Jarama.

Décimo. En el nacimiento del río Guadalaviar, para las cabeceras de este río y las del Júcar, Cabriel y Tajo.

Undécimo. En el nacimiento del Guadalquivir. Su región comprende la cuenca superior de este río y la del Segura.

Duodécimo. En la parte alta del Genil é inmediaciones de Loja. Su región se extiende á las aguas de ambas vertientes de Sierra Nevada.

Décimotercero. En la confluencia de los ríos Záncara, Guadiana y Gigüela.

La región comprenderá los tramos medios de los ríos Tajo y Guadiana y sus afluentes.

Décimocuarto. En el río de Cabra para la repoblación del tramo inferior del Genil, del medio del Guadalquivir y demás afluentes de éste. *(Art. 1.° del Real decreto antes citado.)*

La zona de repoblación que se asigna á la Piscifactoría Central del Monasterio de Piedra, comprenderá la cabecera de la cuenca del Duero, las del Jalón y Henares, y el tramo inferior del Ebro y de sus afluentes más caudalosos. *(Art. 2.° id.)*

De los anteriores establecimientos, los tres primeros se dedicarán principalmente á la cría y propagación del salmón, los nueve siguientes al cultivo de salmónidos sedentarios y, por fin, los dos últimos á la de ciprínidos, sin perjuicio de que también se procreen en ellos cuantas especies se consideren útiles para la repoblación de las aguas. *(Art. 3.° id.)*

Los gérmenes obtenidos en los Establecimientos de piscicultura se destinarán preferentemente á la repoblación de los ríos, y también, previa concesión del Ministerio de Fomento, á la ejecución de los ensayos piscícolas que las Corporaciones, Sociedades ó particulares pretendieran llevar á cabo. *(Art. 4.° del Real decreto antes citado.)*

La Piscifactoría del Monasterio de Piedra continuará organizada como hasta aquí, y con el carácter de Central. Sus funciones principales serán: la educación piscícola del personal subalterno afecto al servicio de los otros Establecimientos; el suministro de las demás estaciones piscícolas mientras fuere necesario de gérmenes embrionados; la introducción y aclimatación de especies exóticas útiles y la ejecución de cuantos estudios y ensayos de piscicultura hayan de practicarse con carácter esencialmente técnico. *(Art. 5.° id.)*

La Dirección de cada Establecimiento será desempeñada por un Ingeniero del Cuerpo de Montes, nombrado por el Ministerio de Fomento. *(Art. 6.° id.)*

El personal auxiliar se compondrá de un Administrador y dos piscicultores prácticos que posean conocimientos para el desempeño de sus respectivas funciones. *(Art. 7.° id.)*

Los Establecimientos regionales y el Central dependerán inmediatamente de la Dirección general de Agricultura, Industria y Comercio. *(Art. 8.° id.)*

Un Reglamento especial determinará el modo y forma de llevar á cabo las disposiciones referentes á los servicios creados por este decreto.

II. *Pesca marítima.*

Por la *ley 4.ª, tít. VII, libro VI de la Novísima Recopilación,* referente al establecimiento de las matrículas de mar, se prohibió el ejercicio de la pesca en los mares litorales á todos aquellos que no estuviesen matriculados, con la sola excepción de los jóvenes menores de diez y ocho años, los cuales podrían emplearse en la pesca y navegación costanera en barcos del pueblo de su naturaleza ó domicilio, sin fuero de marina los que no fuesen hijos de matriculados y con la obligación de obtener papeleta del Comandante de Marina ó Ayudante del distrito, y refrendarla igualmente hasta que cumpliesen la susodicha edad de diez y ocho años.

Así continuó el ejercicio de la pesca marítima, privativo de los matriculados, hasta que por la ley de 22 de Marzo de 1873 se decretó la abolición de las matrículas de mar, se declaró libre para todos los españoles el ejercicio de las industrias marítimas, comprendiéndose bajo este dictado la navegación, el tráfico de puertos y la pesca en general, y, por último, se dispuso la creación de un Registro que habían de llevar los Comandantes y Ayudantes de Marina, y en el cual constarían los nombres de los que se dedicasen á las industrias marítimas, su edad, estado y clase de industria que quisieren explotar. Todo ello sin perjuicio de que las embarcaciones continuaran resgistrándose en sus respectivas listas.

Publicada posteriormente la ley de Puertos, en 7 de Mayo de 1880, existe ya un cuerpo de doctrina que es el que vamos á procurar exponer metódicamente.

A) Del derecho de pescar en el mar litoral.—Uso público.

1.° El libre uso del mar litoral, ensenadas, radas, bahías y abras se entiende para navegar, *pescar,* embarcar y desembarcar, fondear y otros actos semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen. En el mismo caso se encuentran el uso público de las playas, que autoriza á todos con iguales restricciones para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, varar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganados y recoger conchas, plantas y mariscos. (*Art. 11 de la ley de Puertos.*)

2.° Son del dominio nacional y uso público todos los bancos y criaderos naturales de mariscos que se hallen en las playas, rías, esteros y mares del litoral, y que no pertenezcan en el día á dominio particular. (*Art. 1.° del Reglamento para la propagación y aprovechamiento de los mariscos, publicado por virtud del Real decreto de 18 de Enero de 1876.*)

B) Del derecho de pescar en aguas marinas acumuladas en propiedad particular.

En las charcas, lagunas ó estanques de agua del mar formados en propiedad particular no susceptibles de comunicación permanente con aquél por medio de embarcaciones, solamente podrán pescar sus dueños, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública. (*Art. 12 de la ley de Puertos.*)

C) Limitaciones del derecho de pescar.

Como los mares, por su extensión y por la fecundidad de las especies que los pueblan, se consideran inagotables, no existe una veda reglamentada que en determinadas épocas del año prohíba en absoluto el ejercicio de la pesca.

La veda se limita á algunas especies que se desarrollan en los mares litorales. Esto no obstante, ciertas artes de pesca que ocasionan despoblación de las especies acuáticas han sido prohibidas. Sirva de ejemplo el mismo arte conocido por el nombre de Parejas de Bou, sobre el cual rige la Real orden de 1.° de Junio de 1878, encaminada á legalizar la situación de los que al amparo de una mal entendida libertad, favorecida por los sucesos políticos de los años 1868 á 1874, construyeron embarcaciones *ad hoc* y se creyeron con el derecho de devastar los mares del litoral en perjuicio de las demás industrias marítimas. También fué objeto de prohibiciones el calamento de almadraba de buches, hasta que por ley de 11 de Mayo de 1888 se declaró libre en la costa comprendida entre la bahía de Cádiz y la isla de Tarifa.

Hechas estas advertencias, nos ocuparemos de las restricciones, tanto absolutas como temporales, del derecho de pesca, pero refiriéndonos á la ocupación de aquellas especies que, como los crustáceos y, en general, los mariscos, han sido objeto en su aprovechamiento de reglamentación especial.

Dos Reglamentos existen sobre el particular. Uno de ellos de 29 de Enero de 1885 referente á la pesca de los crustáceos y fomento de sus crías y multiplicación en el litoral español. Otro de 18 de Enero de 1876 para la propagacion y aprovechamiento de los mariscos.

Llámanse crustáceos, en términos generales, á los animales cubiertos de una corteza ó escama dura, pero flexible y dividida en coyunturas.

Pertenecen los crustáceos al tipo de los *artrópodos,* y como ejemplar más conocido se puede designar al que, tomando el nombre del piloto de Eneas, recibe en el tecnicismo científico el calificativo de *palinurus vulgaris* (langosta).

Bajo el nombre de mariscos se comprenden todos los productos vivos del mar, con exclusión de los peces. Los mismos crustáceos están comprendidos en el dictado de mariscos, mas como el legislador, al reglamentar por duplicado, ni ha incurrido en repeticiones que no revelan los Reglamentos, ni ha derogado por el

publicado en 1885 el de 1876, hay que presumir que este último se concreta á los crustáceos propiamente dichos de verdadero aprecio, y el primero atañe más principalmente á los moluscos, como lo revela el referirse á las ostras, *Ostrea edubis;* mangos de cuchillo ó muergos, *Solem silicua;* megillones, *Mytilus,* entre otros, siquiera también menciona algunos crustáceos, como los llamados percebes, *Pollicipes cornucopia,* de pequeño tamaño y de no gran estimación. Acaso por esto se les incluye como mariscos en último lugar, y poco menos que al nivel de los caracoles de mar, cañaillas, minchas, chaves, caramujos, bocinas, caricotes, mangurinos, lapas y otros que sirven mas que nada para carnada de anzuelo y por ello es libre en todo tiempo su aprovechamiento.

Para ofrecer en una exposición metódica las limitaciones impuestas á la pesca de crustáceos y moluscos con el fin de impedir su destrucción, presentaremos entrelazadas las disposiciones de los dos Reglamentos á los cuales venimos refiriéndonos.

a) Limitaciones en la pesca de moluscos y crustáceos. — Prohibiciones absolutas.

1.° Se prohíbe en absoluto y en todo tiempo la captura y venta de los crustáceos que no alcancen la medida legal que se señala, con las solas excepciones de los cangrejos que no se aprovechan como alimento, y que los pescadores usan para cebo, y de los barriletes ó caballetes de que se sacan las llamadas *bocas* (tenazas ó pinzas que sirven de manos á tal especie); mas con la precisa condición, respecto de estos últimos, de devolverlos vivos al agua después de haberles arrancado la pinza ó boca, que se vende como comestible. *(Art. 2.° y 3.° Reg. 29 Enero 1885.)*

En consonancia con la anterior disposición y complementándola, se prescribe por el art. 13 del mismo Reglamento, que cuando los pescadores de crustáceos encuentren en sus armadijos individuos que no alcancen á la medida legal que les está señalada, los devolverán al agua, salvo sólo si se tratase de poblar las cetáreas ó viveros de crustáceos que se establezcan en el litoral de España ó de sus islas adyacentes, mas procediendo siempre con las debidas justificaciones. *(Art. 13 en relación con los 4.° y 5.° del Reg.)*

2.° En los bancos y criaderos de mariscos que el Gobierno, en uso de sus facultades, reserve exclusivamente para la propa-

gación, no se permitirá la extracción para el consumo. (*Art. 3.° Reg. 18 Enero 1876.*)

3.° No se permitirá la pesca de mariscos á flote durante las horas de la noche. (*Art. 19 Reg. 1876.*)

4.° En los bancos y criaderos sumergidos no podrá pescarse sino con los instrumentos que se permitan en cada localidad. (*Art. 18 Reg. 1876.*)

b) *Prohibiciones temporales.—Veda.*

1.° Son épocas de cría, y por consiguiente de veda para la pesca de los crustáceos siguientes, las que en cada uno se indica.

LANGOSTA (*Palinurus vulgaris*, Latr.), *llangosta* en Cataluña, Valencia y Baleares. Empieza en 1.° de Agosto, terminando para el macho en 15 de Octubre y para la hembra en 31 de Marzo.

BOGAVANTE (*Homarus vulgaris*, Edw.), *labrigante* en Vigo; *lovigante, luvigante, estravagante* en Galicia; *langosta francesa* en La Coruña; *abacanto* en Laredo; *locancántaro* en Gijón; desde 1.° de Octubre á 1.° de Mayo.

CIGALAS (*Scyllarus aretos*, Fabr.) y el *Scyllarus latus* (Latr.), *cigala, osa* y *cigarra de mar* en nuestras costas. Los mismos períodos señalados para la langosta.

LANGOSTINES (*Penæus caramote*, Rondel, y *Penæus membranaceus*, Risso); *langostinos;* desde Julio hasta Octubre.

LANGOSTINO DE NORUEGA (*Nephrops norwegiens*); desde Octubre á Mayo.

NIKAS (*Nika edulis*, Risso), crustáceo comestible, común en el Mediterráneo. Haciendo varias posturas al año, que deposita en los fondos, podrá pescarse cuando no esté embarazada de huevos la hembra.

GALATEA (*Galatea Strigosa*, Fabr.), *langostilla*. Vedada su pesca en Mayo, Agosto y Diciembre.

GALERAS (*Squilla mantis*, Rondelet.), *pregadeux de mar* en algunos puntos de la costa de Cataluña y *cigalas* en el Puerto de Santa María. De Marzo á Agosto.

CENTOLA: *centolla, sentol, araña* en Galicia; *cintolas* en Vizcaya; *cambaras* en Laredo; *arañas* en Cataluña (*Maia Squina*, Lam.); desde Julio hasta Octubre inclusive.

NOCLA (*Platicarcinus pagarus*, Edward), *noca roy esqueiro* en las rías de Galicia; *sapateiras cadaluchas* en Túy, Marín y Portugal. Desde 1.° de Julio hasta 31 de Octubre.

NÉCORAS (*Portunus puber*. Spp.), *anécoras* en Galicia; *andaricas* en Gijón; *Cámbaros franceses* costa de Santander; *Pelut, Cranch pelut*, Cataluña; Julio, Agosto y Septiembre. (*Art. 11 Reg. 1885.*)

2.° La veda para la pesca y venta de la ostra y demas mariscos durará desde 1.° de Mayo hasta 1.° de Octubre, excepto la de los megillones, que empezará el 1.° de Enero y terminará el 1.° de Julio.

La veda de los bancos podrá ser total ó parcial, y se denotará en el primer caso por medio de una tablilla blanca con una *V* negra en el centro, y en el segundo con los medios más convenientes y económicos que la Comisión provincial de pesca arbitre.

La contravención á la veda, aparte de las multas pecuniarias, lleva consigo la recogida de los mariscos pescados, los cuales se devolverán al mar en el sitio y forma que la autoridad de Marina designe. Lo mismo se practicará cuando los mariscos no alcanzaren las medidas legales expresadas en la tabla aneja al final del Reglamento. (*Artículos 9.°, 15 y 16 Reg. 1876.*)

3.° En cualquier época del año podrá el Gobierno suspender la pesca de ostras y demás mariscos, cuando, previo informe ó aviso de las Comisiones provinciales de pesca, lo crea conveniente para evitar que aquéllos se agoten. A este fin, las autoridades de Marina y sus delegados girarán las visitas necesarias para impedir oportunamente la ruina de los bancos y criaderos. (*Art. 14 Reg. 1876.*)

c) Prohibiciones por razón de conservación. Proporcionalidad en los aprovechamientos.

Las autoridades competentes no consentirán que la explotación de los crustaceos y de los mariscos, en general, se verifique por nadie en proporciones tales que haga temer el rápido agotamiento de las especies ó de los criaderos; y, por tanto, siempre que esto suceda, podrán suspender ó modificar la extracción de las especies, dando cuenta inmediata á la Superioridad. (*Artículos 25 y 13 de los Reglamentos de 1885 y 1876, respectivamente.*)

d) Medidas coadyuvantes á la veda.

Son de tres clases: Preparatorias, auxiliatorias y sancionadoras.

Las primeras se encaminan á la preparación de dicho período, divulgando, por virtud de las debidas publicaciones, la fecha exacta en que comenzará á regir. A este efecto, previene el artícu-

lo 10 del Reglamento de 1876 que los Comandantes de Marina anunciarán la veda todos los años con ocho días de anticipación en la capital y en los distritos, impetrando al mismo tiempo de los alcaldes del litoral de la provincia su concurso para los efectos de la venta en los mercados públicos, y el del Cuerpo de Carabineros para los de la pesca en las playas y puertos.

Las segundas se contraen á que durante la veda no se permitirá la pesca con artes, arrastre y fisga en las inmediaciones de los bancos y criaderos, hasta 500 metros de sus límites, y en los reservados para la reproducción durará esta prohibición todo el año.

Tampoco se permitirá usar el rastro en los criaderos sumergidos, de aprovechamiento común, hasta fin de Enero; debiéndose verificar la pesca con instrumentos que no destruyan las crías del año, y las que saliesen prendidas á los mariscos aprovechables y de medida legal, serán devueltas al agua. En las emergentes queda prohibida la extracción de todos los que no alcancen dicha medida. (*Artículos 12 y 17 Reg. 1876.*)

Finalmente, las medidas de la tercera clase se reducen, como su propio nombre indica, á sancionar las prohibiciones inherentes á la veda, castigando toda contravención é impidiendo que circulen especies acuáticas extraídas contra lo dispuesto en las leyes y Reglamentos. Por esto, el art. 10 del Reglamento de 1885, en relación con el 6.°, decreta que las autoridades locales de los pueblos, durante la temporada de veda, están obligadas á perseguir la venta de crustáceos, decomisando el género y multando á los contraventores. Análogo precepto se desprende del art. 10 del Reglamento de 1876 en cuanto concierne á la circulación y venta de moluscos y mariscos, en general.

e) Prohibiciones por razón de salubridad.

Se prohibe la venta en todo tiempo de los mariscos que se adhieran ó peguen á los fondos de los barcos forrados de cobre.

Los Capitanes de los puertos cuidarán de que al limpiarse los fondos de los buques así forrados é invadidos por mariscos, sean éstos enterrados ó arrojados al mar en grandes profundidades y bastante distancia de la costa. (*Art. 20 Reg. 1876.*)

D) Concesiones. a) Concesiones remuneratorias por la invención descubrimiento de bancos ó criaderos naturales de mariscos.

A todo el que descubra un nuevo banco ó criadero natural de

mariscos se le concederá como premio su exclusiva explotación por un año, con arreglo á las disposiciones prevenidas para los criaderos particulares, siempre que, practicada una detenida información, resulte no ser el criadero conocido. El descubridor pondrá inmediatamente en conocimiento de la autoridad local de Marina el sitio en que estuviese el banco ó criadero, y aquélla, después de demarcar su situación, hará la información mencionada, dirigiendo el expediente al Comandante de la provincia, quien, después de oir á la Comisión, lo elevará á la Superiorid ad por el conducto debido.

b) Concesiones á particulares para el establecimiento de cetáreas ó viveros de crustáceos.

El Gobierno podrá conceder á los particulares porciones de costa para establecer cetáreas ó viveros de crustáceos, con tal que de la información que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Estas concesiones sólo tendrán lugar cuando no afecten á los intereses generales, y especialmente los de la navegación y pesca, no ocupando tampoco fondos en que hubiese criaderos naturales de cualquier especie aprovechable.

El Gobierno en todo caso se reserva la facultad de expropiar al concesionario por causa de utilidad pública con arreglo á las leyes y previa la indemnización que corresponda por el valor del establecimiento que en virtud de la concesión se haya creado. (*Art. 15 Reg. 1885.*)

c) Concesiones á particulares para formar bancos artificiales de mariscos, viveros de ostras y criaderos de coral y esponjas.

El Gobierno podrá ceder á los particulares porciones de costa fuera de los límites de los bancos del Estado para establecer otros artificiales, con tal que de la información que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Con análogo objeto podrá conceder el Gobierno á los particulares sitios de la costa adecuados para formar depósitos de mariscos, ó viveros ó balsas de enverdecer, engordar y mejorar la calidad de las ostras. También se concederán sitios á propósito para establecer criaderos de coral y esponjas finas de Siria.

Las concesiones sólo tendrán lugar cuando no afecten á los intereses generales, y especialmente los de navegación y pesca, no embarazando la libre circulación de los peces, ni

ocupando fondos en que hubiese criaderos naturales. (*Art. 24 Reg. 1876.*)

En punto á los trámites que deben seguirse para la obtención de las relacionadas concesiones, planos que deben acompañarse, autoridades competentes para cursar las solicitudes, longitud de los terrenos emergentes que se pueden otorgar, obligaciones de los concesionarios, etc., remitimos á nuestros lectores al *Apéndice núm. 2*, otras veces citado en el estudio expositivo que venimos haciendo de las leyes que se relacionan con el art. 611 del Código civil.

III. *Pesca fluvial internacional.*

La distinción de las nacionalidades lleva consigo la diversidad de los derechos de los nacionales respectivos.

Contenida la nacionalidad en sus límites demarcados, constituídos por regla general por accidentes orográficos que, ó bien delimitan por sí ó señalan la orientación de la línea fronteriza, existen ciertos límites que, como los ríos, además de ser susceptibles de aprovechamiento, son materia líquida, frontera movible, camino que anda. Ríos hay que, como el Bidasoa, separan la Nación francesa de la española cierta extensión, en el sentido de su longitud. Otros existen como el Duero, el Guadiana, el Miño, que, naciendo en territorio español, se internan en la Nación portuguesa á buscar en el Oceano su desagüe. Pretender hallar el término de un país en la división exacta de las ondas y subordinar el aprovechamiento del río á este deslinde fluvial, aparte de recaer en daño de ambos ribereños, da margen á continuas querellas y colisiones unas veces movidas por el desapoderado egoismo de industria, otras veces, las más seguramente, en rendimiento á la ley de la lucha por la existencia.

Comprendiéndolo así los Gobiernos, han estipulado los convenios internacionales con sujeción á los cuales se practica por los ribereños de ambas orillas, y en toda la anchura de las aguas, la industria extractiva de la pesca.

Desde luego se comprenderá que colindando nuestra Nación ' Norte con Francia y al Oeste con Portugal, con dichos países n sido ajustados los tratados de los cuales vamos á ocuparnos esta tercera sección de las en que hemos dividido nuestro esdio expositivo.

1.° *Pesca en el Bidasoa.—Convenio de 18 de Febrero de 1886 y*

de 19 de Enero de 1888, modificativo este último del anterior en algunos de sus artículos.

A) A quiénes corresponde privativamente el derecho de pescar en el río Bidasoa.

Á tenor del art. 1.º, corresponde el derecho de pesca en el río Bidasoa desde Chapitelaco Arria á Chapitelaco Erreca, en su desembocadura y en la rada de Híguer, exclusiva é indistintamente á los habitantes de Fuenterrabía é Irún en España, y á los de los pueblos de Urruña, Biriatú y Hendaya en Francia.

En los afluentes del Bidasoa este derecho de pesca pertenece exclusivamente á la Nación por cuyo territorio corren los expresados afluentes.

Los habitantes de los pueblos franceses y españoles antes aludidos podrán pescar con toda clase de embarcaciones, llevando aquéllas signos y señales que en el tratado se especifican. (Véase el Apéndice núm. 2.)

El derecho exclusivo de la pesca del salmón en toda la extensión del Bidasoa, en su desembocadura y en la rada de Híguer, pertenecerá alternativamente á las dos Naciones ribereñas durante veinticuatro horas, de mediodía á mediodía, hora del reloj de la iglesia de Irún, disfrutando así cada Nación del derecho exclusivo de pescar al día siguiente de la otra. (Art. 10, modificado.)

En lo relativo á las reuniones de Maires y Alcaldes para sortear la Nación á la cual ha de corresponderle el primer turno, así como la reglamentación de turnos con relación á los pueblos que tengan el derecho de pescar por ser ribereños del Bidasoa, formación de las listas de pescadores con redes reglamentarias y demás trámites administrativos, véase el Apéndice núm. 2.

B) Restricciones del derecho de pescar. Prohibiciones absolutas.

1.º Se prohíbe pescar ó recoger de cualquier manera que sea las huevas de todos los pescados y de los crustáceos y el emplearlas como cebo. (Art. 5.º)

2.º Se prohíbe pescar los pescados que no tengan las dimensiones siguientes entre el ojo y el nacimiento de la cola: el salmón, 27 centímetros; la trucha salmonada, 27 centímetros; la anguila que de un extremo á otro no tenga la longitud de 21 centímetros; la alosa, 27 centímetros; el rodaballo, 20 centímetros.

3.° Se prohíbe coger ostras que no tengan de diámetro mayor cinco centímetros y las almejas que no tengan tres.

Los pescadores están obligados á echar al río los pescados designados en el artículo anterior que no tengan las dimensiones señaladas, y á dejar las ostras y almejas que no tuvieren el diámetro prefijado en el mismo sitio donde las hubieren cogido. (Artículos 6.° y 7.°)

4.° En todo tiempo se prohíbe pescar ostras y almejas desde la puesta del sol hasta su salida.

a) Prohibiciones absolutas por razón del procedimiento de pesca.

1.° Se prohíbe echar en el río drogas, materias explosivas ó cebos que tiendan á embriagar ó destruir el pescado.

2.° Se prohíbe ahuyentarlo golpeando el agua y asustarle de cualquier manera que tenga por objeto hacer entrar al pescado en la red ó en cualquier otro instrumento de pesca.

3.° Pescar con ayuda de cuerdas ó sedales durmientes echados al fondo.

4.° Cerrar ó atajar ninguna de las partes del río cubiertas á la alta marea, con aparejo ó proceder que tenga por objeto desviar el curso natural de las aguas é impedir el paso del pescado ó dañar á la repoblación del río.

5.° Se prohíbe hacer uso en el Bidasoa de las redes llamadas en francés *Chalut*, y en español Arrastre y Trasmallo.

6.° Se prohíbe la pesca del salmón, de la alosa y de la trucha salmonadas con toda otra clase de redes que no sea la red simple, cuyas mallas del medio tengan por lo menos 52 milímetros en cuadro, y las de los lados de la red 60 milímetros por lo menós, no siendo su longitud menor de 116 metros.

7.° Para la pesca del mugil ó corrocón, de la platija, enguado, rodaballo y trucha común, las mallas de la red deberán tener 20 milímetros en cuadro por lo menos, y para la pesca de la anguila y de los peces de pequeña especie lo menos 15 milímetros, pudiéndose usar para la pesca de estos últimos, butrinos, cuyas mallas sean de las mismas dimensiones, pero echadas al agua sin ninguna empalizada por los lados. Se prohíbe valerse de las des sin que estén revestidas de los planos ó marcas que se lopten por las Autoridades respectivas.

8.° Las redes que sirvan para pescar langostinos no deben tener más de tres brazas de abertura, y no podrá servirse de

ellas en aguas arriba del puente de Behovia. (Art. 9.°, reformado, y 11.)

b) Restricciones temporales. Veda.

1.° Se prohíbe la pesca del salmón y de la trucha salmonada desde fin de Julio hasta 1.° de Febrero. De las ostras desde el 16 de Febrero al 15 de Noviembre. De la trucha desde el 20 de Octubre al 31 de Enero. De la alosa desde el fin de Mayo hasta 1.° de Junio. De los demás pescados no mencionados desde el 15 de Marzo hasta 1.° de Junio. De las almejas desde el 30 de Abril al 1.° de Julio. (Art. 4.°)

2.° La pesca con caña ó anzuelo continuará por excepción siendo libre como hasta aquí para todos, *menos en las épocas del desove.* (Art. 3.°)

c) Medidas coadyuvantes á la veda.—Se prohíbe expresamente transportar y vender los pescados ó mariscos que no tengan las dimensiones determinadas en el art. 6.°, ó que se pesquen en las épocas prohibidas. (Art. 11, núm. 4.°)

C) Depósitos de mariscos ó viveros de pescados.

Los ribereños podrán pescar indistintamente en todas las partes del Bidasoa que cubran las altas mareas, toda especie de mariscos, pero no podrán construir establecimientos de pesquería permanentes ó temporales, parques ó depósitos de ostras, almejas ó de cualquiera otra clase de mariscos, sin la autorización de las Municipalidades de los pueblos en cuya jurisdicción se trate de establecerlos y sin someterse á las condiciones que se les impongan. La autorización así acordada será revocable, no implicará una concesión y no deberá en ningún caso embarazar la navegación ni servir de medio de pesca, debiéndose construir á la distancia de 100 metros unos de otros cuando menos.

Los pescadores españoles y franceses de común acuerdo y contribuyendo mancomunadamente y no de otro modo, podrán establecer en cualquiera de las dos orillas del Bidasoa viveros ó criaderos de pescados para la repoblación de las aguas de dicho río, pero no deberán servir sino para la propagación del pescado y sin que en ningún caso embaracen la navegación.

D) Policía y vigilancia.—Disposiciones penales.—Represión de las contravenciones.

Como quiera que estos extremos no se relacionan tan directamente con la caza y la pesca, considerados como modos adquisi-

tivos, prescindimos de su exposición. En el Apéndice podrá consultarse cuanto existe legislado sobre la materia.

2.° *Pesca en los ríos limítrofes Miño y Guadiana.*

A) Tratado de Comercio y Navegación pactado con Portugal y ratificado en 6 de Septiembre de 1893.

La pesca en los ríos limítrofes Miño y Guadiana será como hasta aquí ejercida en común por españoles y portugueses en conformidad con las disposiciones reglamentarias dictadas de acuerdo, en lo que respecta al río Miño, por el capitán del puerto de Camiña y el Ayudante de Marina de La Guardia, y en lo que se refiere al río Guadiana por el capitán del puerto de Villa Real de San Antonio y el Ayudante de Marina de Ayamonte, sancionado por los respectivos Gobiernos.

***

Disposiciones comunes á la caza y pesca.

Licencias de uso de armas.—Licencias de caza y pesca.

Rige en la actualidad el Real decreto de 10 de Agosto de 1876, modificado por la ley del sello y timbre del Estado de 15 de Septiembre de 1892.

Nadie puede usar armas de cualquier clase que sean, ni dedicarse al ejercicio de la caza ó de la pesca, sin haber obtenido la correspondiente licencia expedida por la Autoridad competente.

Corresponde á los Gobernadores, bajo su responsabilidad y previos los informes necesarios, conceder licencias para uso de armas, para cazar y pescar.

Podrán obtener licencia para uso de armas de caza y para cazar todos los españoles.

Se exceptúan:

1.° Los que estén procesados criminalmente.

2.° Los que hayan sufrido condena.

3.° Los menores de veinte años, á no ser que sus padres ó tutores los garantizasen por escrito ante la Autoridad competente.

Podrán obtener licencia para pescar todos los españoles sin excepción de ninguna clase.

Las licencias para uso de armas, caza y pesca son personales é intransferibles.

Incurrirán en responsabilidad:

1.º Los que, careciendo de licencia, usen armas, cacen ó pesquen.

2.º Los que hagan uso de licencia que no les pertenezca.

En lo referente a las clases de licencia y su precio, tanto para uso de armas como para cazar y pescar, pueden nuestros lectores examinar en el Apéndice núm. 2, al que antes nos hemos referido, el art. 83 de la ley del Timbre de 15 de Septiembre de 1892 y el art. 10 del Reglamento de la misma fecha.

ART. 612. El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

Concordancias.—Análogo al art. 609 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro VIII, título VI, ley 1.ª*—Si algun omne falla abeias aienas en su monte o en piedras, o en su arbol, faga tres corchos, que por el un corcho no puedan facer enganno; si alguno ficiere contra esto que nos decimos, e crebantare sennal aiena, pechelo en duplo al que fizo el enganno, e demas reciba X azotes.

Fuero Real, libro III, tit. IV, ley 17.—Maguer abejas que enjambren suben en arbol de alguno: si otri las tomare, e las

encerrare ante que el dueño del arbol las pueda haber maguer que en el arbol faga enjambre; pero el señor del arbol pueda defender a todo home que no entre en lo suyo ante que las abejas sean presas y encerradas: fueras al señor de cuya colmena salieron las abejas viniendo en pos ellas: ca este mientra va tras sus abejas por las cobrar, no pierde el derecho que en ellas habie. Y eso mismo mandamos que si pavones, o ciervos, o otras aves, o bestias que son brabas por natura, fuyeren en manera que sean en su salvo: mandamos que se las haya quien las tomare, si el señor cuyas fueren no va en pos ellas: mas si gallinas, o ansares, o otras cosas que no son brabas de natura, fuyeren a su señor, hayalas su señor quando quier que las falle.

Partida 3.ª, tit. XXVIII, ley 22.—Abejas son como cosas salvajes. E por ende dezimos, que si enxambre dellas posare en arbol de algun ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa; bien assi como non puede dezir que son suyas las aues que posassen y, fasta que las prisiesse. Esso mismo dezimos que seria de los panales que las abejas fiziessen en arbol de alguno; que non los deue tener por suyos, en quanto estouiessen y, fasta que los tome ende, e los lleue Ca si acaesciesse, que viniesse otro alguno, e los leuasse ende, serian suyos; fueras ende, si estouiesse el delante quando los quisiesse leuar, e gelo defendiesse. Otrosi dezimos, que si el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome, e se fuere; si el señor dellas las perdiere de vista, o fueren tan alongadas del, que las non pueda prender, nin seguir, pierde porende el Señorio que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente.

COMENTARIO.—Consta el art. 612 de dos partes diversas, enlazadas por el nexo caprichoso de la posibilidad de restitución.

En el rigor de una exposición estrictamente científica, dichas dos partes debieran formar dos artículos separados. Atañe la primera á las abejas, insectos de naturaleza salvaje, *apium quoque natura fera est*. Refiérese la segunda á los animales, también fieras por instinto, pero modificado este natural bravío por las influencias educativas de la domesticidad. La recuperación de las abejas implica una verdadera *occupatio*, porque el acto físico de prendimiento es lo esencial. La reivindicación de los animales

amansados tiene por fundamento el ejercicio de una acción puramente judicial. Media, por tanto, entre las dos mitades componentes del artículo, la menor cantidad de parentesco y relación posibles. Lejos de haber entre ambos elementos, corrientes de afinidad electiva, manifiéstanse ostensiblemente fuerzas jurídicas, por decirlo así, que tienden á la disgregación.

Estudiaremos separadamente dichas dos partes, y complementaremos el vacío que á primera vista se nota.

*
* *

1.° *Recuperación de los enjambres de abejas.*
Su fundamento natural.

Son las abejas, por su insumisión al hombre, animales de naturaleza salvaje. A ello contribuye, aparte la pequeñez del animal, el tener como medio apto para su vida de relación la extensión de los espacios. Pero el instinto de sociabilidad de las abejas entre sí mismas, y la necesidad de agruparse y dividir su actividad para la obtención de su producto, las lleva á formar numerosas colonias y á tomar como habitación y taller las oquedades de las peñas ó los agujeros de los árboles, cuando la industria del hombre no les dispone ese adecuado aposento que llamamos colmena.

El colmenar se erigió desde luego en una propiedad privada, digna, al nivel de todas las demás, de las protecciones de la ley escrita: y la explotación de las colmenas en una industria no menos merecedora de respeto. Las leyes son como las proyecciones, en el orden social de las realidades naturales, en cuanto tratan de cohonestar intereses que serían ciertamente encontrados si las expansiones de la fuerza no las equilibrara otra fuerza adivinada tras el precepto escrito. Realidad natural es que las colonias de abejas, cuando por la reproducción genésica se multiplican, abandonan en compacta agrupación la primitiva colmena, formando el enjambre.

El enjambre es la tribu que se separa de la primitiva ciudad y emigra en busca de medios y condiciones adecuadas para fundar. Mas la ciudad apícola, y permítasenos este modo de expresarnos, constituye una propiedad privada. De aquí, que en el

enjambre, estudiado desde un punto de vista eminentemente legal, haya que considerar un doble aspecto. En cuanto es una disgregación de la primitiva colonia que se restituye á su estado de libertad natural, la concepción pura del derecho tiene fatalmente que descubrir una agrupación de insectos salvajes que se ofrece al esfuerzo del hombre como materia hábil de libre ocupación, regulada por aquel eterno axioma tan lógico como jurídico de que el primero en el tiempo lo es también en el derecho, como quiera que el uno es antes que el dos. En cuanto el enjambre trae su causa de la multiplicación genésica de las abejas encerradas en colmenas de dominio privado, hay como una especie de accesión porque, según dice Florentino, *ley 6ª, tit. I, libro XLI del Dig., Item quae ex animalibus dominio nostro eoden iure subiectis nata sunt,* lo que nace de los animales que se hallan bajo nuestro dominio nos pertenece por el mismo derecho.

Esta doble idea es la que se observa persistentemente en las legislaciones, y por eso, con pocas sensibles variantes, todas ellas resuelven el problema por el término común de una armonía entre la tendencia legal que se inclina resueltamente á favorecer el dominio privado, reduciendo á su provecho estas expansiones de la fuerza reproductiva, y la que podríamos llamar tendencia natural que ve en el enjambre una agrupación compacta de insectos fieros ó salvajes no pertenecientes á nadie y, por tanto, un objeto apto de ocupación originaria.

El caso que examinamos, referente á las abejas, es uno de los que con más relieve ponen al descubierto el íntimo enlace que media entre la realidad natural y la ley escrita.

Allí donde se descubre la posibilidad de un hecho, existe la materia primera del derecho positivo. La facultad de perseguir el enjambre y conservar su dominio aun habiendo cesado la persecución, ínterin no transcurran dos días, depende del hecho de verificarse la emigración de las abejas en agrupaciones compactas, perfectamente individualizables, y que por esto mismo permiten aseverar la identidad en esa especie de reivindicación concedida por el art. 612. Si las abejas, en lugar de emigrar por colonias, por conjuntos, se dispersaran y cada una volara en dirección distinta, ciertamente no existiría el art. 612. Luego es el hecho natural de la formación del enjambre el que ha determinado al legislador á contrariar la unidad de la ley, que regula la

apropiación de los animales bravíos, condicionándola por la especialidad del caso de las abejas.

2.° *Recuperación de los enjambres de abejas.*

Su manifestación legal.

Obsérvase, desde luego, que el art. 612 refiérese exclusivamente al caso en que el enjambre de abejas penetre en el fundo ajeno. Si aun dada esta contingencia, el susodicho artículo tolera la persecución, no hay para qué expresar que cuando el enjambre volare por tierras libres ó de dominio público, ó por campos no cercados, podrá el dueño de las colmenas de donde el enjambre procediere, perseguirlo libremente. Mas pudiera suceder que el enjambre, según prevé la *ley XXII, tit. XXVIII de la 3.ª Partida*, se perdiere de vista ó se alongase tanto que la persecución se tornara infructuosa y el prendimiento irrealizable.

Llegado este caso, creemos que cabe aplicar aquel principio expuesto por la mayoría de las legislaciones extranjeras en el título de la Ocupación, aunque trasladado por nuestro Código al de la posesión, y á cuyo tenor (art. 465), los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder. La posibilidad mediata ó inmediata de recuperar el enjambre, en cuyo concepto se sintetiza el de poder, se destruye por el hecho de perderse aquél de vista, ó alejarse tan extraordinariamente que, como dice la citada ley de Partidas, *las non pueda prender nin seguir*. Entonces, *pierde por ende el señorío que avia sobre ellas é ganalas quien quier que las prenda é las encierre primeramente*. La misma versión legal nos suministra el Derecho romano.

Examen quod ex alveo nostro evolaverit, eousque nostrum esse intelligitur donec in conspectu nostro est, nec difficilis eius persecutio est; alioquin occupantis fit (1).

Cuando un enjambre se pierde de vista ó se aleja de tal modo que su recuperación se hace imposible, cesa, siquiera sea involuntariamente, la persecución; todo resto de un derecho dominical y, por lo mismo, preferente, se desvanece, y se impone reconocer en el enjambre la condición de *nullius*.

En la armónica conciliación de aquellas dos tendencias natural y legal, a las cuales nos hemos referido en este mismo comentario, y en el espíritu que en nuestro Código se descubre nos he-

(1) *Ley 5.ª, § 4.°, tit. I, lib. XLI, Dig.*

mos basado para sentar esta regla que le complementa y que reviste un carácter universal, por cuanto los más de los Códigos extranjeros la aceptan, siquiera fluctúen en la solución del justo medio, y unos se muestren más respetuosos del dominio privado del enjambre, en tanto se le persiga, y otros más partidarios de la libertad de ocupación del enjambre que abandona la colmena. El Código lusitano declara lícita la ocupación de los enjambres por el primero que los encuentre, á menos que los persiga el dueño de la colmena de donde procedieren ó se hubieren pasado á predio perteneciente al mismo dueño *(art. 402)*.

Los Códigos de Chile y Guatemala reconocen del mismo modo que las abejas que huyen de la colmena ó se posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven á su libertad natural, y cualquiera puede apoderarse de ellas, siempre que cuando lo verifiquen en tierras cercadas ó cultivadas obtengan el permiso del propietario de éstas. Sin embargo, ambos Códigos consagran el derecho del dueño (y es de presumir, aun cuando no lo manifiestan, que será un derecho preferente) á perseguir las abejas fugitivas en terrenos que no estén cercados ni cultivados. (*Artículos 650 y 556 respectivamente.*)

De análogo modo se conduce el legislador mejicano, puesto que parte de la ficción *(art. 851)* de que no se entiende que las abejas han abandonado la colmena cuando se han posado en predio propio del dueño ó éste las persigue llevándolas á la vista.

Por la mención que antecede, descúbrese que la laguna dejada por el Código español, afecta simplemente á la determinación del momento en que el propietario pierde su derecho sobre las abejas que persigue, y éstas, recuperando su condición de libertad natural, se tornan *nullius*, á la disposición y dominio del primer ocupante.

Para remediar el vacío hemos adoptado la solución propuesta por las Partidas, tanto por su ilustre abolengo de Derecho romano, cuanto por aparecer confirmada por la mayoría de los Códigos extranjeros.

Algunos hay, como el italiano, que incurren en la misma omisión que el Código español. Por eso no es tan de extrañar el defecto de este último, ya que ambos preceptos similares de los expresados Cuerpos civiles, resultan perfecto calco uno del otro. Muy pronto se nos ha de ofrecer ocasión de demostrar cómo no

es tan baladí ni tan insignificante la laguna que el legislador ha dejado en la linde misma de ingreso del art. 612.

Este artículo, como ya hemos dicho, prevé el caso de que el enjambre de abejas volare por fundo ajeno, y para resolver la pugna de atribuciones entre el propietario de la tierra y el perseguidor del enjambre procede por distinción, según el predio esté ó no cercado.

Si el predio está cercado, como quiera que existe un obstáculo material que revela la intención del dueño de impedir que penetre en el fundo cualquiera persona que no se halle autorizada, el artículo, respetando esta intención, dispone que el propietario del enjambre necesitará para entrar á perseguirlo en fundo ajeno el consentimiento del dueño. A la inversa, si el predio careciese de cerca ó vallado, podrá el perseguidor del enjambre entrar libremente, mas contrayendo la obligación de indemnizar al poseedor, el daño causado.

Refiriéndose el artículo á la prescripción adquisitiva en favor del dueño del predio á donde hubiere volado el enjambre, expresa que cuando el propietario no lo haya perseguido, ó cese de perseguirlo dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

Tal es la manifestación positiva del art. 612.

Pero el artículo es borroso; al verificar la comisión de Códigos el calco, no del proyecto de 1851, que, inspirado en el derecho civil codificado francés, guardaba silencio absoluto, sino del artículo 713 del Código de Italia, dejó entre las penumbras de tenue luz varias incertidumbres cuyas resoluciones se adivinan, pero no se descubren con las claridades zenitales de toda ley modelo: la distinción entre predios cercados y no cercados y la consagración del respeto á la voluntad revelada del propietario individual se erigió desde luego en el punto culminante, hacia el cual convergieron todas las atenciones de los legisladores, y salvada esta idea original, se limitaron á copiar, considerando acaso que, pues habría menester de un pleito para cortar la disputa particular sobre el derecho á perseguir un enjambre de abejas, alguno de los disputadores cedería, resolviéndose así la querella por la reflexión del más prudente.

El artículo es poco práctico desde el punto de vista militante con que el derecho se presenta ante los Tribunales llamados de

justicia, acaso porque unas veces son justicieros y otras justiciables. Un enjambre no vale un pleito, que si lo valiera algunos suscitaría el art. 612, cada una de cuyas palabras reclama á voces el auxilio de las reglas interpretativas.

3.° *Desarrollo práctico legal del art. 612 en punto á la recuperación de los enjambres de abejas.*

El primer inciso del artículo ya requiere, no obstante su aparente sencillez, algunas explicaciones.

«*El propietario* de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo *sobre el fundo ajeno,* indemnizando al poseedor de éste el daño causado.»

¿Quién puede ser considerado como propietario de un enjambre de abejas?

La respuesta no es tan llana como á primera vista se imagina, sobre todo no olvidando que el Código patrio ha prescindido de determinar cuándo un enjambre, agrupación, como hemos dicho repetidamente, de insectos bravíos ó salvajes, readquiere su condición natural, y cuándo cesa ese derecho preferente del dueño de la colmena de donde el enjambre procediere, á recuperarlo. Véase patente con cuanta razón reprochábamos en este mismo comentario el descuido de la Comisión codificadora al no cegar laguna tan manifiesta.

Aunque sea valiéndonos de un juego de palabras, diremos que la propiedad de un enjambre está en el aire, porque ciertamente no puede concebirse relación de derecho más movediza.

En pura doctrina y en correcto lenguaje ninguna persona puede atribuirse la cualidad de propietario de un enjambre mientras no haya conseguido aprisionarlo en la colmena. Sin duda ante esta consideración dijeron las sabias leyes de Partida que *si enxambre posare en arbol de algun ome, que non puede dizir que son suyas fasta que las encierre en colmena ó en otra cosa.* Mas aquel concepto restricto de la doctrina patrimonial se ha modificado al parecer, porque á tenor del Código puede llamarse *propietario* de un enjambre el de la colmena de donde aquél procediere. He aquí la primera acepción legal del concepto empleado por el art. 612.

Mas el dueño de la colmena de donde se disgregó el enjambre puede muy bien renunciar á él, desistiendo desde un principio de toda persecución.

Es un hecho observado por los prácticos del campo y por los

naturalistas, que los enjambres abandonan la colmena en pleno día y cuando mucha parte de la colonia trabajadora ha salido á libar en las flores y hierbas aromosas.

Dado este hecho, compréndese que manteniendo la debida vigilancia por conocerse de antemano en virtud de señales particulares la época de salida de los enjambres, pueda acto continuo iniciarse la persecución.

Las abejas emigrantes se arraciman y suspenden de los árboles inmediatos, siendo entonces fácil recogerlas, bien colocando una colmena invertida debajo y agitando el árbol, bien aprehendiéndolas con la mano cuando el fresco de la tarde las entorpece los movimientos.

Si el dueño del abejar (conjunto de colmenas) de donde el enjambre hubiere salido permaneciese inactivo, y por sí ó por medio de sus criados no emprendiese la persecución, existirían fundados motivos para presumir el abandono. Extinguido el derecho preferente del propietario de la colmena, las abejas podrían ser perseguidas por cualquiera, y el primero que las ocupase ganaría su dominio.

Tampoco es imposible el caso de que el enjambre se alejase tanto, que el dueño del abejar ó sus operarios lo perdiesen de vista, imposibilitandose la persecución.

Tanto en una como en otra hipótesis se reproduce el mismo problema. Estos segundos perseguidores del enjambre, ¿podrán ser asimilados á los dueños de las colmenas, siquiera sea en una acepción más restringida? Respondemos: En cuanto al concepto, no; mas es dudoso respecto de las atribuciones.

El dueño de las colmenas tiene sobre el enjambre que de ellas procede un derecho originario, cuya raiz se nutre en el fundamento legal de constituir un todo de su propiedad, la colmena y las abejas.

El perseguidor de un enjambre *nullius*, digámoslo así, carece de dicho derecho, y, en su consecuencia, no es lícita la asimilación, por cuanto no son hechos jurídicos idénticos los de recuperar y adquirir. El propietario goza de un derecho preferente y como tal exclusivo, y en tanto persiga el enjambre, llevándolo ante su vista, puede impedir que otro lo ocupe, ó exigir que se lo restituya si ya lo hubiese aprehendido en colmena propiamente dicha ó en otro vaso cualquiera. El perseguidor del enjambre *nu-*

llius, por el hecho de la persecución, no logra, en nuestro sentir, la preferencia y con ella la exclusividad, y si le saliere un competidor, á falta en las leyes escritas de reglas precisas para dirimir este pugilato de pretendidos derechos, habría que resolver en consideración á la prioridad en la *occupatio*.

Mas si en cuanto al concepto no es lícito asimilar, según hemos observado, veamos si estos segundos perseguidores del enjambre que no pueden llamarse propietarios del mismo, porque no se disgregó de sus colmenas, pero que tienen por el hecho de haber recobrado las abejas su condición de libertad, convirtiéndose en cosa *nullius*, el derecho de ocuparlas y hacerlas suyas, disfrutan de esa prerrogativa concedida por el art. 612 al dueño para perseguirlas sobre el fundo ajeno no cercado, y aun sobre el cercado, previo el debido consentimiento.

Tomando como norma la realidad del privilegio otorgado en beneficio de los dueños de abejares y su carácter aparentemente exclusivo, parece lógico negar al perseguidor del enjambre *nullius* el derecho de penetrar en el fundo ajeno. Mas esto, según nuestro criterio, depende del contexto del art. 612, referido restrictivamente á un solo caso particular; pero sin que de ello pueda derivarse que los dueños de colmenas, y por ende de los enjambres que de aquéllas se desprendiesen, sean los únicos facultados para penetrar en los predios no cercados.

El perseguidor del enjambre *nullius* tiene sobre él, no un derecho de dominio consolidado, pero sí la expectativa de ese derecho dominical. La situación es análoga á la del cazador que hiere un pájaro, y toda vez que la diferencia radica en el medio de que uno y otro se valen para realizar la ocupación, y así como si el ave herida va á caer en un predio ajeno no cercado, el cazador tiene por la ley de Caza facultad para recoger aquélla, de igual suerte el que persigue insistentemente un enjambre de abejas debe tener derecho para proseguir la persecución sobre el fundo de ajena propiedad, indemnizando al dueño del daño que causaren.

Examinemos ahora otro supuesto práctico que también nos sugiere la redacción del primer inciso del artículo que comentamos.

Partiendo de la base de que el artículo se contrae egoistamente á la resolución de un solo caso, es á saber: el relativo á

los dueños de colmenas, cual si los referentes á la persecución de enjambres *nullius* careciese de importancia y no mereciera la dignación de la ley positiva; imaginemos, v. gr., que *A*, dueño del fundo *X* lo es también del predio inmediato *Z*, del cual es arrendatario *B*. Demos por hecho que *A* posee un abejar compuesto de numerosas colmenas, y supongamos finalmente que ambos predios *X* y *Z* están cercados. De las colmenas de *A* se disgrega un enjambre, y alzando el vuelo se posa en un árbol del predio *Z*. Y dice el art. 612: El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno; mas si estuviere cercado necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él. En la hipótesis planteada, una misma persona es propietaria de ambos fundos, de modo y manera que si se adopta una interpretación rigorista literal, *A* podrá penetrar libremente en el fundo arrendado por *B* á recuperar el enjambre. El artículo habla de *fundo ajeno* y de *consentimiento del dueño*, y estos dos conceptos, uno positivo y otro negativo, presuponen propiedad. ¿Pero es acaso axiomático é indiscutible el que *A* por el hecho de ser dueño del fundo *Z* pueda impunemente y á su albedrío penetrar en el predio *X* arrendado por *B*, contra la voluntad del arrendatario? Porque de no ser así, los conceptos antes mencionados de *fundo ajeno* y de *consentimiento del dueño* se modifican en punto á su extensión y significado jurídicos.

Es nuestra opinión la de que *A* necesitará el consentimiento de *B* para penetrar en el fundo *X*, porque si bien el primero disfruta de esa posesión eminente, por decirlo así, anexa al dominio, en cambio el segundo cuenta en su apoyo con la posesión natural inherente á todo arrendamiento, y esta posesión se violaría por el propietario si, desentendiéndose del vínculo ó relación jurídica libremente creada, entrase á viva fuerza en el fundo arrendado.

Lo propio decimos con respecto al predio dado en usufructo y aun con mayor motivo en cuanto atañe al fundo enfiteuticario, por lo mismo que en la tradicional, pero no por eso muy exacta división del dominio en directo y útil, se contiene una verdadera transmisión de atribuciones dominicales.

En el arrendamiento como en el usufructo existe una cesión temporal de lo que podríamos denominar con el Código lusitano derecho de fruición, esto es, de uno de los elementos integrales del dominio. Para el ejercicio de este derecho de fruición requié-

rese tanto por el usufructuario como por el arrendatario la tenencia del fundo, por cuanto no es posible que el disfrute directo exista sin la libre adaptación por el sujeto de los medios conducentes á la realización del expresado disfrute.

En cuanto el arrendatario ostenta la exclusividad al goce de un elemento integrante del dominio, es lícita la alegación de un derecho privativo, que aun cuando temporal y emanado del derecho preexistente y no afectado por la temporalidad, del propietario, implica con respecto á éste algo que tiene los tonos de la cosa ó del derecho ajeno, en cuanto la voluntad propia, privada de la actualidad posesoria por una cesión legal, no puede traducirse en acto por su sola determinación. Surge ya el fundo ajeno, no en el sentido restricto de su significado material, sino en el más anchuroso de su comprensión jurídica. El hecho de perseguir abejas sobre un predio supone fatalmente penetrar en él y recorrerlo en todas aquellas direcciones que el enjambre tome. ¿Puede un propietario de fincas rústicas penetrar cuando mejor le plazca en sus predios arrendados sin solicitar el permiso del arrendatario? No, ciertamente; porque el fundo, en tanto esté arrendado, hállase poseído naturalmente por el arrendatario, y para el efecto de quebrantar esta posesión, entrando en él, equipárase para el dueño su propio fundo al fundo ajeno. Requiérese, pues, el consentimiento para destruir el efecto de esa prohibición permanente que simboliza la cerca ó vallado que circunda al predio.

He aquí la interpretación puramente discursiva que nos merece el párrafo primero del art. 612. Fundo ajeno para nosotros equivale, no sólo á fundo de distinto dominio, sino asimismo á fundo poseído y disfrutado por otra persona diferente del dueño, en virtud de un título ó causa jurídica, como, v. gr., el arrendamiento, el usufructo, la enfiteusis, el pacto anticrético si se hubiere estipulado el goce y posesión directos de las fincas por el acreedor, la posesión de la finca mejorada, en virtud del *jus retentionis*, incluso la posesión ganada por año y día mientras no se demuestre y consolide por ejecutoria el mejor derecho del propietario.

Tal vez se tache nuestro criterio de demasiado amplio y puesto por esto mismo á las estrecheces de concepto con que parece redactado el art. 612, pero las singularidades y exclusi-

vismos de la forma no pueden autorizar atribuciones que pugnan con el espíritu general del Código. Después de todo, si este criterio fuera erróneo, mucha parte de la responsabilidad debería recaer sobre los confeccionadores del Código.

Esto de legislar entre brumas es ciertamente muy cómodo, pero rodea los preceptos de un halo semi-opaco que, además de generar incertidumbres y perplejidades no resueltas por la variedad interpretativa de diversos criterios individuales, les roba autoridad y calor. Y si al cabo cupiera replegarse favorablemente hacia el campo de la interpretación usual; ¡pero si para escuchar á la Sibila hay que atravesar antes ese erial espinoso de sacrificios y dolores que se llama pleito!

En consonancia con lo expuesto, y por el encadenamiento riguroso de la lógica interpretativa, debemos admitir que cuando el art. 612 habla en su segundo inciso de *consentimiento del dueño*, alude igualmente á todo poseedor con título legítimo, v. gr., el arrendatario, el usufructuario, y aun diríamos que al administrador de la finca.

Es lo común que los grandes terratenientes, atraídos por los incentivos de la ciudad, abandonen sus propiedades rústicas en manos de administradores. Si un enjambre volare á un fundo cercado, cuyo propietario residiere en la ciudad, ¿será preciso que el dueño de la colmena de donde el enjambre procede-e, obtuviere el permiso de aquél para penetrar en el predio? La simple posibilidad de una respuesta afirmativa nos parece ridícula. Lo que en esta ocasión, como en otras muchas, ocurre es lo que dice el distinguido catedrático Pisa en sus notables *Prolegómenos:* que embebido el legislador en su propio pensamiento, no siempre advierte el alcance de sus palabras. Por mucha que sea la intimidad entre la idea y el signo, algunas veces no responde el segundo á la expansión subjetiva y real de la primera.

Sólo nos restan algunas sumarias aclaraciones para pasar al segundo párrafo del artículo que comentamos. La única limitación puesta por el Código al derecho de perseguir abejas por el fundo de ajena propiedad, depende de que éste se halle *cercado*, en cuyo caso, para penetrar en él, se requiere el consentimiento del dueño. A nuestro juicio, hoy no puede suscitarse duda sobre la inteligencia de la palabra *cercado*.

Ya por el decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813 se dis-

puso que todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase pertenecientes á dominio particular, libres ó vinculadas, se reputaren *cerradas ó acotadas* perpetuamente, y se otorgó á los dueños ó poseedores el derecho de cercarlas, sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres.

Las disparidades que hubieron de surgir acerca del significado de los vocablos *cerrar* y *acotar,* atrajeron la atención, así del legislador como de las entidades jurídico-sociales. La Sociedad Económica Matritense, en su informe sobre el proyecto de Ley de cerramientos rurales, definió con suma claridad ambos conceptos. Cercar una tierra, dijo, es hacer a su alrededor una tapia, vallado ú otra cosa que impida materialmente entrar en ella. Cerrar es acotar un terreno, deslindándole, para impedir la entrada en nombre de la ley.

Sobre estos mismos extremos recayó en 25 de Noviembre de 1847 una Real orden de la que se desprende la diferencia que existe entre acotar y cercar.

La vigente ley de Caza también distingue, deduciéndose del examen de sus artículos 15 y 16 que sólo puede estimarse cercado un terreno cuando le circunda una tapia, cerca ó vallado, es decir, cuando existe un cerramiento material.

Este derecho á practicar cerramientos totales sin perjuicio de las servidumbres constituídas, es aquel á que se refiere el artículo 388 del Código civil al exponer que todo propietario podrá cerrar ó cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos ó muertos ó de cualquier otro modo. Obsérvese que el Código emplea la palabra cerrar y cercar y que al referirse en el artículo 612 á la persecución de enjambres de abejas, sólo menciona los predios cercados.

Es decir que, según nuestro criterio, sólo será necesario el consentimiento del dueño cuando el fundo esté circunvalado en su totalidad por valla, tapia ó seto que impida la entrada. En los terrenos acotados, aunque lo estén materialmente, y en los amojonados, podrá penetrar libremente el que persiga enjambres, procedentes de sus colmenas, ó enjambres *nullius.*

Sin embargo, no ha de llevarse el rigor hasta el extremo de que si por accidente hubiese en la valla un tablón caído ó una portilla no recompuesta en la tapia, se considere el perseguidor del enjambre autorizado para penetrar en el fundo, sin el con-

sentimiento del propietario, tan sólo porque la continuidad material de la valla, pared ó seto circunvalante se halle interrumpida en una breve extensión por uno ó más puntos. Esto equivaldría al *summum jus*, y por otra parte, no cabe sostener que el predio no está cercado porque la cerca se halle ruinosa en un sitio determinado y la ruina tolere el acceso á la finca. La intención del dueño al cercar su propiedad es la que debe prevalecer, sin que quepa estimar enervada y maltrecha la prohibición que la valla pregona con su mudo simbolismo, por la realidad de un accidente material fortuito. En la duda de si la aportilla de la valla ha sido producida casualmente, ó abierta la brecha por la voluntad del propietario, debe aceptarse la primera presunción porque así lo exige el respeto que merece la propiedad privada.

Examinemos otro particular. El artículo que estamos estudiando exige el consentimiento del dueño para poder entrar en un fundo cercado, mas no prevé el caso de una respuesta negativa, de una denegación del permiso. ¿Qué derecho le resta al perseguidor si por azar, el enjambre dirige los rumbos de su vuelo hacia un predio cercado, de dominio ajeno y el propietario se niega á facilitar la entrada? La legislación romana resolvía en consideración al derecho del dueño, porque como tal tenía facultad para impedir la entrada en su fundo... «*qui in alienum fundum ingreditur, potest á domino si is provideri iure prohiberi ne ingrederetur.*»

Mas en frente de este antecedente arcaico, existe otro muy cercano, de nuestro propio tiempo, que débese aplicar sin recelo, siquiera sea por ley de analogía.

Referímonos al art. 16 de la ley de Caza (1). Según expresa, el cazador que hiere desde un terreno donde le sea lícito cazar una pieza menor que cae ó entra en un fundo de dominio ajeno, tiene derecho á ella; pero si el fundo estuviere cercado por valla, pared ó seto, necesitará para entrar en él, permiso del dueño,

(1) *Ley de Caza de 10 de Enero de 1879.*—Art 16. El cazador que usando de su derecho de caza desde una finca donde le sea permitido cazar, hiera una pieza de caza menor que cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño, cuando la heredad esté materialmente cercada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

quien por su parte está obligado á entregar la pieza herida ó muerta, si se opusiese á que el cazador penetrare en el predio á recogerla. En el proceso de la ocupación de una pieza de caza, el motivo inicial de los derechos del cazador radica en el hecho de herir á la pieza. En el proceso de la restitución de un enjambre de abejas, el fundamento estriba en la propiedad de la colmena de donde el enjambre proceda. Tanto el cazador como el dueño de la colmena ostentan, respectivamente, sobre el pájaro ó el enjambre un derecho indiscutible que no puede ser destruído por un capricho del azar, y si al cazador debe serle restituída la pieza de caza por el propietario, ¿qué motivo puede oponerse para que no suceda lo propio con respecto al propietario del enjambre? Recuérdese el elemento indígena de nuestra legislación patria encarnado en el Fuero Real: «*...Pero el señor del arbol pueda defender á todo home que no entre en lo suyo ante que las abejas sean presas y encerradas; fueras al señor de cuya colmena salieran las abejas viniendo en pos de ellas: ca este mientras va tras sus abejas por las cobrar no pierde el derecho que en ellas habia.*»

El art. 612 requiere, en relación con el tema que discutimos, un complemento que podría formularse así:

«Si el dueño del fundo cercado se negase á prestar su consentimiento para que el propietario del enjambre de las abejas penetre á perseguirlo, contraerá el deber de satisfacer á éste último el valor del enjambre.» Así provee también al particular el artículo 402 del Código de Portugal, en el que nos hemos inspirado para dictar la regla aclaratoria anterior ¿Y si se tratase de un enjambre *nullius?* ¿Qué derecho podrá alegar el perseguidor, si el propietario del fundo cercado se negase a franquearle la entrada? De lo preceptuado por el mismo Código de Portugal que acabamos de citar, se desprende que el enjambre no podrá ser perseguido, por cuanto la libre ocupación por la caza de los animales fieros sólo puede tener lugar eficazmente en tierras de dominio público y en los terrenos particulares no cercados ni cultivados.

Así nos compele á resolver también, de un lado, la consideración de que en el hecho de posarse el enjambre en el árbol de un predio parece como que se incorpora al arbol, adquiriendo la condición de cosas accesorias, á la manera de la cosa mueble que se coloca en un bien de naturaleza raíz, y de otro, la no

menos digna de tenerse en cuenta, de que si se equipararan ambos casos, el referente al dueño de las colmenas de donde el enjambre hubiere salido, y el relativo al perseguidor del enjambre *nullius*, y en armonía con esta equiparación se resolviese idénticamente, se vería el propietario del fundo obligado á satisfacer el valor metálico del enjambre, á quien no podía aún alegar su dominio por no haberlo ocupado. La solución la imponen las circunstancias, mejor dicho, la dictan las prerrogativas un tanto refinadas de la propiedad individual; pero su justicia no es tanta que pueda aceptarse incondicionalmente como identificada con la más pura equidad. El que persigue un enjambre *nullius*, adopta aquella posición jurídica adecuada á la índole de los actos que conducen á la ocupación. La actividad del sujeto se manifiesta en una dirección determinada y movida por la intención de hacer suyo el enjambre. A la inversa, el propietario, en el árbol de cuya propiedad cercada se pose un enjambre, no ejecuta acto alguno; su pasividad es palmaria, su intención no determinada; y si al cabo se decide á encerrar el enjambre en una colmena, no se puede negar que las causas originarias del dominio que adquiere residen en el azar, ó, lo que es lo mismo, en un hecho cuya causalidad escapa á la apreciación del hombre, cuando no descansa en la existencia material del muro que rodea el fundo.

4.° *Extinción del derecho á perseguir el enjambre de abejas.*

Estudiaremos ya el segundo párrafo del art. 612.

Está tomado casi literalmente del art. 713 del Código italiano, mas como la vaguedad del precepto, según aparece redactado en el Código patrio, es tanta que la interpretación puramente literal, única que algunos autores admiten, ofrécese aparentemente en pugna con la interpretación discursiva ó lógica, vamos ante todo á transcribir en su propio idioma el artículo progenitor, digámoslo así, del cual procede el que comentamos.

Dice el art. 713 del Código civil de Italia: *Quando il propietario non li abbia entro due giorni inseguiti od abbia cessato durante due giorni d'inseguiti puo il possessore del fondo prenderli e ritenerli.*

Es decir, que, según el Código italiano, no puede reputarse abandonado el enjambre sino cuando han transcurrido dos días consecutivos, contados en el primer caso desde que las abejas salieron de la colmena, y en el segundo desde que el propietario cesó en la persecución.

El Código patrio también distingue dos casos, á saber: el en que el abandono del enjambre se manifieste externamente por la omisión de aquellos actos reveladores de la intención de recuperar las abejas, esto es, por la no persecución, y aquel otro en que, habiendo empezado el propietario á perseguir el enjambre, cese voluntariamente.

Hemos empleado el adverbio *voluntariamente* porque si el motivo de la pasividad del perseguidor fuese el alejamiento del enjambre hasta perderse de vista, no regiría el párrafo que comentamos. Resuelto por causa de fuerza mayor el derecho del dueño, el primer ocupante haría suyas las abejas sin que pudiera prosperar la reclamación ulterior del propietario. El art. 612, por tanto, presupone ó el abandono inicial ó el abandono posterior. Mas para que se aprecie este abandono, de tan difícil determinación en el terreno práctico, por la casi imposibilidad de fijar con precisión, así el momento en que el enjambre se disgrega de la colmena como aquel otro en que el propietario desiste de la persecución, el Código ha establecido un término de dos días, verdadero lapso prescriptivo, pasado el cual se extingue el derecho del propietario. Se argüira que si la dificultad de determinación de los instantes iniciales es notoria, no lo es menos con respecto al plazo de los dos días. Cierta es la objeción, pero la ley no puede descender á las minuciosidades y detalles que ofrece la realidad. Además, ¿quién podrá negar que la no persecución por espacio de dos días consecutivos es mucho más ostensible que esa misma no persecución en un momento dado? ¿Y por acaso no denota el abandono del propietario con más realce y seguridad la hipótesis primera que la segunda? Pues he aquí el motivo en el cual se ha inspirado el legislador patrio para aceptar la doctrina desenvuelta por el Código italiano con más tendencia práctica que científica.

Tal es la interpretación que nos merece el segundo párrafo del art. 612, siquiera de su contextura parezca deducirse que el término de los dos días consecutivos no rige sino con relación al caso en que el propietario, habiendo comenzado la persecución del enjambre, haya luego desistido de ella. Rehuimos este criterio, *primero*, porque el estudio comparativo del artículo con su similar del Código de Italia descubre otra intención diferente de la velada por las palabras del legislador, y *segundo*, porque de

proceder, mediante estas distinciones injustificadas, no habría motivo para no medir con el mismo rasero los dos casos previstos por el art. 612, desde el instante en que el hecho de cesar voluntariamente en la persecución del enjambre arguye también abandono por parte del propietario.

Extinguido, prescrito el derecho del propietario de las abejas, dice el art. 612 que el *poseedor* de la finca cercada en la cual se hubiese posado el enjambre, podrá *ocuparlo ó retenerlo*. En primer lugar nótese que ya el artículo no habla de dueño, sino de poseedor. De la mayor latitud de concepto que dicho vocablo acusa, derívase que el usufructuario, el arrendatario de la finca, en suma, cualquier poseedor legítimo podrá hacer suyo el enjambre. No se le considera ya como incorporado á la propiedad ajena á título, por decirlo así, de cuasi accesión; estímasele como agrupación ó conjunto de animales bravíos, como cosa *nullius*, perteneciente al primer ocupante. De aquí que cualquiera que se halle poseyendo con derecho la finca cercada, pueda ser sujeto hábil de la ocupación del enjambre.

Después de todo, la conducta del legislador se ha ceñido estrictamente á aquella antigua ley del Digesto romano, á cuyo tenor, si se abandona una cosa con ánimo de no retener su dominio, inmediatamente deja de ser nuestra y se hace del que la ocupa.

Si res pro derelicto habita sit statim nostra esse desinit, et occupantis statim fit. (Ley 1.ª, tít. VIII, lib. XLI, Dig. Pro derelicto.) La adaptación del apotegma jurídico transcrito al caso concreto del art. 612, radica en que la universalidad de la *occupatio* se restringe por el uso exclusivo de la propiedad individual, tanto más exclusivo y absoluto cuando se trata de un fundo circunvalado de seto, valla ó tapia.

Emplea el artículo, en nuestro sentir con manifiesta redundancia, los conceptos *ocuparlo* ó *retenerlo* como atribuciones del poseedor de la finca.

El Código italiano dice *prenderli e ritenerli*, significando por el empleo de la conjunción copulativa una sola idea, es á saber, la de la apropiación del enjambre de abejas. La retención permanente como consecuencia de un acto de ocupación, expresa dominio. La retención aisladamente considerada, no. De aquí que el art. 612, al valerse de la adversativa *ó*, haya dado pábulo á la incertidumbre.

Ciertamente la zozobra afecta bien poco al significado del artículo, á menos que su redacción haya sido intencional, y la mera retención del enjambre por el poseedor denote la reserva del dominio á favor del propietario de la finca. Mas no somos de ese parecer. Creemos, por el contrario, que nos encontramos enfrente de una de tantas inadvertencias como á cada paso se descubren en el Código; un error de traducción por virtud del cual una conjunción copulativa se ha trocado en adversativa.

***

II. *Recuperación de los animales amansados.*

Dice así el tercero y último párrafo de los que componen el artículo 612 del Código:

«El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término pertenecerán al que los haya cogido y conservado.»

Guarda este precepto estrechas conexiones con la materia posesoria, especialmente con el art. 465, consagrado á definir la teoría jurídica pertinente á la posesión de animales bravos, como quiera que los animales amansados, según dijimos al comentar el susodicho artículo, no son un producto del instinto, sino de la educación, y en ocasiones aquél vence á ésta, y sobreponiéndose el instinto natural, abandona el animal los hábitos domésticos, y vuelve á la vida salvaje de los campos.

El Código español, olvidando los precedentes romanos y los de nuestra antigua y venerable legislación, se ha ceñido á trasladar íntegro un texto del Código civil de Italia. El derecho de copiar preceptos de otras legislaciones adaptándolos á la propia, requiere una previa depuración y concordancia para evitar de un lado errores científicos, de otro contradicciones.

Esto es lo que no ha ocurrido con el párrafo que estudiamos; se ha transcrito sin madura reflexión, creyendo, acaso con toda sinceridad, que la misma teoría que aconsejaba fijar un término prescriptivo del derecho de recuperar los enjambres de abejas apagados de la colmena propia, de igual manera aconsejaba otorgar un plazo mayor para la recuperación de los animales amansados. Esta inspiración del legislador italiano reflejada por el Có-

digo patrio, no tiene en su abono el sentido práctico que milita en pro de la fijación de dos días como lapso suficiente para reputar abandono en la persecución de los enjambres de abejas. Y no hay para qué hacer resaltar la atenuada tonalidad científica, por cuanto no guardan paridad uno y otro caso.

Los colmenares suelen estar en los montes, allí donde las abejas encuentran hierbas aromosas y flores que les suministren el polen con que libar las mieles; los animales amansados viven, por lo general, en compañía del hombre y adquieren la costumbre de ir y volver del campo á la casa y á la inversa.

Cuando la fuga se verifica es, indudablemente, más fácil el apercibirse, tratándose de animales amansados que de enjambres de abejas.

Sólo por esta razón de orden real no había para qué ampliar el término de dos á veinte días; pero existe otro argumento, lo suficientemente poderoso para destruir esa pretendida analogía entre el caso de los enjambres de abejas y el de los animales amansados, argumento que lo suministra el mismo artículo que comentamos; y es que la regla jurídica, desenvuelta con relación á las abejas se constriñe á los propietarios ó poseedores de predios, explicándose hasta cierto punto el planteamiento de ese lapso de dos días consecutivos, transcurridos los cuales pierde el dueño el dominio de las abejas que no persiguió, por el deseo de armonizar la protección á la propiedad individual y el derecho del dueño del enjambre. Mas en el caso de los animales amansados, se establece un precepto de carácter general, á cuyo tenor el animal que pierde su hábito de domesticidad y se restituye á la vida de libertad readquiriendo su condición de fiero ó bravío, puede ser ocupado por cualquiera, sin que, no obstante este título legítimo de propiedad, quepa impedir que el dueño anterior lo reivindique en el plazo de veinte días contados desde la ocupación.

Habría paridad entre los dos primeros párrafos y el tercero del artículo 612, si con respecto á las abejas el término de dos días se contase desde la libre y lícita ocupación del enjambre por el dueño del predio. Y no se diga que si en punto á los enjambres se establece un lapso prescriptivo, en lo tocante á los animales amansados se sanciona un término recuperativo, porque cuando hay derecho á recuperar es porque no se ha extinguido por prescripción el derecho á la cosa, con lo cual se destruye la objeción,

demostrándose la identidad de conceptos, siquiera en su forma expositiva difieran, por cuanto el uno ha sido moldeado negativa y el otro positivamente.

Analicemos ahora el último párrafo del art. 612, y quedará al descubierto la contradicción latente en que se halla con el artículo 465.

El principal problema que hay que resolver, despejando la incógnita que encierra, es el concerniente á la determinación del instante en que un animal amansado pierde su condición de tal y debe ser considerado de nuevo como animal salvaje. Los romanos atendieron para concretar el concepto jurídico de animal domesticado á la costumbre adquirida por éste de ir de la heredad al campo y volver del campo á la heredad, ó, lo que es lo mismo, á la promiscuidad de la vida de libertad y de la de retención ó cautiverio. En esto cifraron con exquisito sentido práctico la nota característica de la domesticación de un animal bravío. Por eso se observa que Florentino, en la *ley 4.ª, tít. I, libro XLI del Dig.*, dice: ... *nisi si mansuefacta emitti ac reverti solita sunt.* Y más adelante, tratando ya de dar solución al mismo problema antes planteado, dice Gayo, *ley 5.ª*, § 5.º del mismo título y libro: «*...In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelliguntur, donec revertendi animum habeant quod si desierint revertendi animum habere desinant nostra esse et fiant occupantium: intelliguntur autem desiire revertendi animum habere tunc, quum revertendi consuetudinem deseruerint.*» Esto es: respecto de los animales que tienen la costumbre de ir y volver se ha de observar esta regla: que se entiende que son nuestros mientras conserven la costumbre de volver. Mas si la perdiesen, dejan de ser nuestros y los hace suyos el primero que los ocupa.

Se entiende que pierden la costumbre de volver, cuando dejan de hacerlo.

Exactamente la misma doctrina aparece desarrollada en la *ley 15, tít. I, libro II, De rerum divissione* de la *Instituta Justiniánea.*

Viniendo ya al derecho alfonsino, encontramos la *ley 23, tulo XXVIII de la Partida 3.ª*, en la cual, después de especificar ediante un enunciado demostrativo la naturaleza de los animales ansados, se añade: *E por ende dezimos que en quanto acostumbran*

estas aues atales de yr e de tornar a casa de aquel que las cria que ha el señorio por do quier que anden: mas luego que ellas por si se dexen de la costumbre que usaron de yr e de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia, e ganalo quien quier que las prenda. Esso mismo dezimos de los ciervos e de los gamos, e de las cebras: e de las otras bestias salvajes, que los omes ouiessen a criar en sus casas, ca luego que se tornan a la selva, e non vsan de venir a casa o al lugar de do su dueño las tenia, pierde el señorio dellas.

He aquí el derecho que sobre el particular que estudiamos ha venido rigiendo hasta la promulgación del Código civil. Concretando ya el problema antes expuesto, preguntamos: ¿Es que á tenor del art. 612 no puede afirmarse que un animal amansado ha perdido esta cualidad meramente accidental hasta que han transcurrido veinte días, contados desde su ocupación por otra persona diferente de su primitivo propietario? Respondemos negativamente, porque sería absurdo sostener otra cosa. Pruébalo de una manera cumplida el hecho irrebatible de que el artículo cimenta, por decirlo así, el término recuperativo de veinte días en la hipótesis de que el animal haya sido ocupado por otra persona. Mas ahora bien: ¿Es factible suponer que el Código se ha referido, al hablar de ocupación, al mero hecho natural de apoderarse, es decir, de aprehender el animal amansado? En modo alguno, porque admitir esto, tanto valdría como amparar el hurto.

Dedúcese, en consecuencia, que el legislador alude á la libre y lícita ocupación del animal amansado, y esta libertad y licitud de la *occupatio* únicamente puede recaer en los animales bravíos, entre los cuales están comprendidos los amansados que pierden sus hábitos de domesticidad y se restituyen á la vida salvaje de los campos.

La cuestión propiamente fundamental del artículo, aquella con cuya resolución se hubiera despejado la incógnita, ha sido completamente abandonada por el legislador, calculando acaso que si los autores del Código alfonsino prescindieron de los antecedentes romanos en lo concerniente á dicho aspecto de la doctrina, no había él de ser menos que los sabios autores de las leyes de Partidas.

Si, pues, no existe regla positiva, ¿cuándo será lícita la ocupación de un animal amansado?; ó lo que es lo mismo, ¿cuándo

se reputa que un animal domesticado ha readquirido su primitiva y natural condición?

Tenemos que responder en correlación con las obscuridades y vacíos de la ley. Será lícita la ocupación de un animal amansado cuando se le halle vagando en libertad por terrenos ó espacios adecuados á sus medios de acción y á su naturaleza de animal bravío.

Si, pues, la libre ocupación sólo es factible y jurídica cuando recae sobre animales fieros, deduciéndose así del art. 610, ¿cómo se explica que el art. 465 proclame que la posesión de los animales salvajes sólo se conserva mientras los tenemos en nuestro poder, y el 612 admita la posibilidad de que pueda ser reivindicado por el primer propietario y de poder de quien legalmente le haya aprehendido, un animal amansado que ha perdido la costumbre de volver á la dependencia del hombre, y que, por consiguiente, se reputa bravío? Si el principio de la contradicción pudiera convertirse como por ensalmo en correctamente científico, por su virtualidad y eficacia se resolvería esta antinomia tan marcada; pero mientras el aludido principio sea considerado como el arquetipo de lo ilógico y de lo arbitrario, habrá que reconocer que el legislador patrio ha incurrido en ambas tachas.

Lo práctico en el caso de que se trata hubiera sido plegarse, siguiendo el ejemplo de otros Códigos, v. gr., los de Portugal y Guatemala, á la más pura corrección científica; pero los civilistas autores del Código patrio se dejaron atraer por vanas apariencias, que en gracia á la bondad del deseo atenúan en cierto modo el pecado de contradicción en que han incurrido.

El anhelo de conciliar el derecho de los propietarios de animales amansados con el rigor de la doctrina jurídica, les condujo á reconocer en el precepto del Código italiano su propio pensamiento, encarrilado por las armonías insubstanciales de un suspirado término ecléctico. Estas consideraciones de un lado, y de otro la dificultad casi insuperable de demarcar con exactitud los caracteres de transición del estado de domesticidad al de bravura, dieron margen á la otorgación del término de veinte días.

Mas no por ello se solucionaba el problema, toda vez que sobre la licitud de la ocupación por un extraño podrían suscitarse cuestiones enojosas, y para evitarlo ahogando el germen,

adoptaron los legisladores el procedimiento de Alejandro. No desataron la dificultad científicamente, sino que cortaron con violencia la teoría de derecho concerniente á la apropiación de los animales fieros, sancionando que el susodicho término de veinte días se empezaría á contar desde la ocupación del animal amansado por otra persona.

No por esto se han disipado las dificultades, porque ¿cómo se probará de un modo pleno el hecho de la ocupación, momento inicial del plazo concedido por el art. 612, si, por regla general, aquélla se verificará en despoblado y sin testigos? ¿Cómo remediar la ocultación del animal amansado fugitivo, por la persona que lo haya ocupado? ¿Habrá, acaso, que empezar á contar el término de veinte días, no desde el hecho material de la ocupación por un extraño, sino desde que semejante sucedido llegara á conocimiento del dueño primero? Ciertamente; para caer en este semillero de incertidumbres y de sutilezas, todas muy posibles, por cuanto en ellas germina el egoísmo del interés individual, valiera más no haber consumado la herejía de sancionar por un precepto legal la absurda doctrina de que un animal fiero por naturaleza, cual lo es el animal amansado que ha readquirido su primitiva libertad, perdiendo el hábito de ir y volver, pueda ser reivindicado de manos del que lo haya ocupado legítimamente. Esto equivale á negar que la ocupación es título adquisitivo de la propiedad.

Derecho civil.—1.° Son las abejas, animales de naturaleza salvaje. Su propiedad corresponde al dueño de las colmenas donde estuvieren encerradas.

2.° Se reputa que un enjambre no ha abandonado la colmena y continúa, por tanto, perteneciendo al dueño de aquélla, mientras éste ó sus servidores lo persigan llevándolo á la vista.

Cuando el enjambre se alejare tanto que el primitivo dueño lo pierda de vista y no pueda proseguir la persecución, se considerará aquél cosa *nullius*, y su propiedad corresponderá al primero que lo ocupe.

3.° Es lícita la persecución de los enjambres de abejas, por las personas que á ello tengan derecho:

Primero. En los terrenos de dominio público.

Segundo. En los de dominio particular no cercados, pero con la obligación de indemnizar el daño que se ocasione.

Tercero. Con respecto á los terrenos de dominio particular cercados de muro, valla ó seto, se observarán las siguientes reglas:

a) El perseguidor del enjambre necesitará del consentimiento del dueño ó poseedor legítimo del predio, para penetrar en éste.

b) Si el perseguidor fuese el propietario del enjambre, y el dueño ó poseedor legítimo del fundo se negare á otorgar su permiso, contraerá este último la obligación de devolver el enjambre ó entregar su valor.

c) Si el perseguidor no fuese el dueño del enjambre, y el propietario del fundo se negase á franquearle la entrada, carecerá el primero de los mencionados de todo derecho á la devolución del enjambre ó de su valor.

4.° Cuando el propietario del enjambre no lo haya perseguido durante dos días consecutivos ó haya cesado en su persecución durante igual término, podrá el poseedor de la finca ocuparlo y retenerlo.

5.° El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, contados desde su ocupación por otro. Pasado dicho tiempo pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

ART. 613. Las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.

Concordancias.—Igual al art. 610 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Aun cuando el art. 613 carece de precedentes concretos, por analogía, y en mérito á la doctrina que en ellas se establece, transcribimos á continuación las leyes 19 y 23 del lib. XXVIII de la 3.ª Partida.

Partida 3.ª, título XXVIII, ley 19.—Pierden los omes el señorio que auian ganado en las aues, e en las bestias saluajes, e en los

pescados, en la manera que diximos en la tercera ley ante desta, luego que salen de su poder, e tornan al primero estado en que eran ante que las prisiessen, e aun pierden el señorio, quando fuyen, e se les aluengan tanto que las non pueden ver; e que las vean, estando ellos tan alongados dellas, que a duro las podrian prender. E en cada vno destos casos gana el señorio dellas quien quier que las prenda primeramente.

Partida 3ª, título XXVIII, ley 23.—Pauones, e gauilanes, e gallinas de India, e palomas, e gruas, e ansares, e faysanes, e las otras aues semejantes dellas, que son saluajes segun natura, acostumbraron los omes a las vegadas, a amansar e criar en sus casas. E por ende dezimos que en quanto acostumbran estas aues atales de yr e tornar a casa de aquel que las cria, que ha el señorio por do quier que auden; mas luego que ellas por si se dexen de la costumbre que vsaron, de yr e de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia, e ganalo quien quier que las prende. Esso mismo decimos de los ciervos, e de los gamos, e de las zebras, e de las otras bestias saluajes, que los omes ouiessen a criar en sus casas; ca luego que se tornan a la selua, e non vsan de venir a casa, o al lugar de do su dueño las tenia, pierde el señorio dellas.

COMENTARIO. — Encuéntrase el original de este texto legal en los artículos 564 y 462 de los Códigos francés é italiano. Al verificarse la copia por el legislador español, éste se ha permitido únicamente variar la moldura del precepto. En los originales italiano y francés, el marco hállase formado por la doctrina jurídica de la accesión; en la copia española por la de la ocupación. Aparte de esta diferencia indicada ya por el art. 713 del susodicho Código de Italia, puede afirmarse sin temor que se trata de un calco perfecto.

Si toda ocupación supone una actividad dirigida á la apropiación de una cosa que carezca de dueño—y entiéndase que nos referimos á la *occupatio,* tal como la concibe y desarrolla el Código civil en el título que estudiamos, —no hay para qué expresar que la hipótesis que prevé el artículo no ajusta con exactitud á los caracteres genuinos de la ocupación. Dos son éstos, á tenor del Código vigente: 1.° Que los bienes objeto de la misma sean apropiables por su naturaleza, pero sin que sobre ellos exista

relación alguna de dominio; y 2.° Que el sujeto ocupante ejercite su actividad por actos, digámoslo así, positivos.

No concurre el primer carácter en el caso que nos ocupa, porque sobre los conejos, palomas y peces que se crían en las conejeras, palomares ó piscinas de dominio privado, gravita una relación de propiedad, como lo demuestra el hecho de ser reivindicables cuando (aparte la demostración de la identidad) hubieren sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude. No existe el segundo, por cuanto el dueño á cuyo criadero se trasladaren por su natural impulso palomas, conejos ó peces no realiza actos positivos de verdadera ocupación, verificándose el acrecentamiento de su propiedad sin que la voluntad del propietario se determine en dicho sentido, traduciéndose por hechos congruentes con la intención. Por esto, sin duda, el Código italiano expone la doctrina relativa á las antedichas especies de animales en el título consagrado á definir y desarrollar la accesión, y Pacifici Mazzoni, comentando el art. 462 del referido Código, sostiene que la última especie de accesión en las cosas inmuebles es la referente á las palomas, conejos y peces.

No es éste, sin embargo, el criterio predominante en los Códigos extranjeros, y así observamos que el Código de Portugal, verbigracia, procediendo con amplio espíritu generalizador, manifiesta al tratar de la ocupación de los animales fieros que ya tuviesen dueño (art. 401), que los animales de esta clase habituados á determinada guarida construída por la industria del hombre, que se trasladen á otras guaridas pertenecientes á distinto dueño, quedarán en poder de éste si no pudiesen ser reconocidos, facultando en otro caso al antiguo propietario para recuperarlos. Y añade el susodicho artículo: «Probándose que los animales fueron atraídos por fraude ó artificio de la persona á cuyo poder llegaran, estará ésta obligada á entregárselos al antiguo dueño ó á pagarle el duplo de su valor si no pudiere restituírselos; todo sin perjuicio de las penas correccionales que sean procedentes.»

De análogo modo, aunque restringiendo el precepto sólo á las palomas, se conducen los Códigos de Chile y Guatemala, expresando ambos (artículos 621 y 557 respectivamente) que las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se considerarán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre

que éste no se hubiere valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas, debiendo en caso contrario indemnizar de todo perjuicio, además de restituir las especies.

Como hace notar con acierto Pacifici Mazzoni, el precepto, aunque limitado á determinadas especies de animales fieros, descansa en una regla general y aplicable á toda clase de bestias bravas. Por esto hubiera procedido el legislador patrio con mayor acierto si en lugar de calcar el art. 462 del Código de Italia, hubiera trasladado el 401 del de Portugal.

En el Derecho romano reside el núcleo de la doctrina aplicable (1). *Quidquid, autem eorum ceperimus eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; quum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit, et rursus occupantis fit.* Esto es: Cualquiera cosa que cojamos (bestias fieras ó las aves), se entiende que es nuestra mientras la tengamos en nuestro poder; pero saliendo de él recupera su natural libertad, deja de ser nuestra y se hace segunda vez del que la ocupa. Hé aquí el fundamento cardinal.

La paloma, el conejo ó el pez, animales bravíos, que abandonan por su natural instinto el criadero en que se encontraban, salen por este mero hecho de nuestro poder, y pueden dirigirse bien á otro criadero, bien á espacios ó aguas libres. Como quiera que perdemos el dominio que sobre ellos teníamos, perdemos también el derecho á reivindicarlos. A la inversa, el propietario de un criadero donde penetran por su propio impulso animales salvajes, adquiere sobre ellos ese dominio *sui generis*, cimentado sobre la condición bravía del animal, ese dominio que se identifica de tal manera con la posesión material de la cosa, que sólo somos propietarios en cuanto somos poseedores. Explícase, por tanto, satisfactoriamente que, por el hecho de pasar un animal salvaje de un criadero á otro, ambos de propiedad particular, gane el segundo propietario el dominio que pierde el primero.

Pero el principio fundamental proclamado por la legislación romana, sobre el cual descansa el artículo que comentamos, era demasiado absoluto, como lo son todas las ideas primarias, y las exigencias de la realidad hubieron de condicionarle, no destruyendo su pureza y certidumbre, sino amoldándolo á los hechos

(1) *Ley 3.ª, § 2.º, tit. I, libro XLI, Dig.*

tal cual éstos se ofrecían en la vida práctica del derecho. Esta adaptación, este amoldamiento se ha realizado cuando el progreso de las ciencias jurídicas impuso la codificación.

Las palomas, los conejos y los peces son, con efecto, animales salvajes, pero aceptan los albergues y guaridas que el hombre les proporciona. No obstante ser naturalmente libres, no ofrecen peligro, porque ni tienen la fiereza, el tamaño y las armas de los carniceros, ni en su relativa pequeñez poseen el veneno de los reptiles. Son, por tanto, animales útiles, y su condición se revela en esta aparente antinomia: salvajes, pero inofensivos. La industria del hombre se ha ejercitado sobre ellos, explotándolos y promoviendo artificialmente su multiplicación; ha construído criaderos, ha introducido en éstos los progresos científicos, en una palabra, ha dado margen á múltiples relaciones de dominio particular, sobre la base de la apropiación, uso y disfrute de los referidos animales, que, como ya dejamos expresado, aceptan por instinto las guaridas y albergues edificados por el hombre.

Estos hechos hubieron de determinar un derecho pertinente, y el precepto romano del *tít. I, libro XLI del Digesto*, vino como canto rodado, perdiendo la rigidez y agudeza de sus aristas, á convertirse ya en nuestros tiempos en un artículo del Código Napoleón, en el cual el legislador persigue la idea de cohonestar el canon jurídico consagrado por la razón y por la antigüedad sobre la propiedad de los animales bravíos, con la necesidad sentida de amparar propiedades é industrias creadas, como antes decíamos, tomando por base el aprovechamiento de los expresados animales.

El centro de gravedad de la construcción positivo-legal hubo de encontrarlo el legislador francés en el reconocimiento del instinto. Si el animal salvaje, la paloma, el conejo, el pez, se deja llevar de su impulso y abandona el primitivo criadero para pasar á otro, rige el precepto romano, en cuanto el propietario pierde el dominio sobre el animal, por el hecho de haber salido de su poder. Al penetrar, también instintivamente, en otro criadero, realízase una como especie de accesión, ó, podríamos decir, siguiendo las inspiraciones del Código patrio, de ocupación sobrevenida.

Mas si el animal abandona su guarida (levantada por la mano del hombre y de propiedad particular), no por su natural instinto, sino excitado, atraído, aquerenciado, por medios ilícitos

ó por artificios, en semejante caso debe sobreentenderse que el animal no ha abandonado su primitivo criadero; que, en su consecuencia, el propietario no ha perdido su derecho de propiedad y que la reivindicación es jurídicamente posible en tanto lo sea asimismo la prueba de la identidad.

Algunos comentaristas del Código Napoleón han negado la posibilidad de esta *reivindicatio*. Marcadé, por ejemplo, sostiene que de cualquiera manera que las palomas, conejos y peces hayan ido al fundo ajeno, pertenecen al propietario desde el momento que se acostumbran á la nueva guarida. Y añade dicho autor: «Suponed que yo he atraído fraudulentamente vuestros pichones colocando en mi palomar algún artificio adecuado á dicho objeto; suponed, asimismo, que yo he arrebatado algunos pescados de vuestro estanque y los he arrojado en el de mi propiedad. ¿Cómo podríais reivindicar algunos pichones ó algunos peces entre los millones de animales semejantes encerrados en el palomar ó en el criadero?» Fundándose en la realidad indisputable de tales hechos, mantiene Marcadé el rigor de la teoría romana condensada en estos principios: «*Accessio cedit principali; accessio enim principali unitatem facit.*» Y solamente concede al propietario despojado el derecho á una indemnización.

Como dice juiciosamente Pacifici Mazzoni, las opiniones de Duranton y Marcadé, exactas en la teoría, no se pueden conciliar con el texto de la ley. Todavía es más difícil armonizar los expresados pareceres con el art. 613 que examinamos. Al cabo, en el Código Napoleón se incluye el art. 564 entre los consagrados á definir y desarrollar la doctrina concerniente á la accesión; y si por ésta, es decir, si por la incorporación natural ó artificial de una cosa á otra, fórmase la unidad, *unitatem facit*, razón tiene Marcadé para exclamar que «*res extrictae vindicari non possunt*». Por esto niega en absoluto la posibilidad de reivindicar.

Mas en el Código patrio acontece todo lo contrario. El artículo sinónimo del 564 del Código Napoleón, ó sea el 613, no forma parte de los referentes al derecho de accesión respecto de los bienes inmuebles, sino del título destinado á exponer la teoría jurídica de la ocupación. Además, las palomas, conejos y peces son animales que aceptan los albergues que el hombre les proporciona, y forman, con los inmuebles que les sirven de guarida un todo objeto de propiedad particular. Recayendo sobre dicho

animales una relación anterior de propiedad, subsistente mientras tanto que el animal no recobre por su natural impulso su instintiva libertad; no admite duda que, pues no existe accesión, á lo menos legalmente, porque el Código la rechaza, hay que admitir la posibilidad de reivindicar, así porque el fraude y el artificio no son modos adquisitivos lícitos capaces de enervar un dominio anterior legítimo, cuanto porque, sentada esta tesis, que viene como rodada, dados los precedentes del Código patrio en la materia que nos ocupa, no hay que olvidar que, según el artículo 348 en su segundo párrafo, todo propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de una cosa para reivindicarla. La pureza y exactitud de esta deducción revélala el Código lusitano, el cual, lejos de permanecer callado, como el Código español, y de dejar á la crítica individual la labor de concretar las deducciones, declara taxativamente que probándose que los animales fueron atraídos por fraude ó artificio de la persona á cuyo poder llegasen, estará ésta obligada á devolvérselos al antiguo dueño ó á pagarle el duplo de su valor si no pudiese restituírselos.

Claro está que la dificultad punto menos que insuperable prevista por Marcadé de identificar varios peces ó varias palomas entre los millares de la misma especie que suelen albergarse en los criaderos, es un obstáculo real que se alza enfrente de la deducción irrefragable que encarna en la licitud y pertinencia de la reivindicación.

¿A qué arbitrio recurrir cuando la identidad de las especies reivindicables no pueda ser demostrada? No vemos otro que el de acogernos á la sanción establecida por el art. 1.302 del Código, con respecto á los que por acción ú omisión causaren un daño á otro interviniendo culpa ó negligencia. La regla concreta podría redactarse así:

«El que, valiéndose del fraude ó por medio artificioso atrajese á su criadero palomas, peces ó conejos de otro criadero, perteneciente á distinto dueño, estará en el deber de restituírselos, y si no fuese posible demostrar la identidad, contraerá la obligación de reparar el daño causado.» También cabría aceptar, en la hipótesis de que los animales atraídos fraudulentamente no pudiesen ser identificados, el condenar al culpable á entregar otros de la misma especie; pero toda vez que en pro de la primera regla

milita un texto aplicable por su propia laxitud de contenido, le aceptamos desde luego por su mayor tinte legal.

Un autor español, el Sr. Navarro Amandi, descubriendo, acaso con excesiva perspicacia, problemas interpretativos allí donde, según nuestro modesto parecer, no existen, investiga qué es lo que deberá entenderse por criadero cuando se trate de palomas. Las palomas torcaces, animales de naturaleza selvícola, y verdaderamente irreductibles al palomar, viven en los bosques. En este hecho se apoya el distinguido autor antes citado para preguntar: Los bosques donde se guarecen y anidan las palomas torcaces, ¿deben reputarse criaderos á los efectos del artículo? ¿Bastará que una paloma doméstica entre en un bosque para que el dueño de éste adquiera la propiedad de la paloma? Responde Navarro Amandi afirmativamente, y añade: Este es, sin duda, el pensamiento de la ley.

Cuando el legislador español trasladó literalmente á las páginas del Código los artículos 564 y 462 de los Códigos francés é italiano, no le pasó, seguramente, por la imaginación el ocuparse de las palomas torcaces, ni de los bosques donde éstas se guarecen y anidan. Basta conocer el génesis legal del artículo para persuadirse de que nuestros civilistas, en lugar de mencionar específicamente el palomar, la conejera y el estanque, adoptaron el término genérico de criadero, mas sin alterar por ello el significado del precepto. La palabra criadero denota, pues, el criadero artificial, el levantado por la mano del hombre, con el intento de explotar los animales susceptibles de aprovechamiento, pero en modo alguno los criaderos naturales como el bosque. Por otra parte, las palomas que se alejan de los palomares y se internan en el bosque no pueden, en rigor, estimarse propiedad particular, porque su condición es en tal estado de plena libertad natural, y su ocupación perfectamente lícita. Las mismas palomas domésticas pueden ser cazadas á la distancia de dos kilómetros del palomar. En consideración á estos motivos, creemos que la cuestión imaginada por el escritor antes citado carece de realidad.

Examinemos un último extremo. Cuando las palomas, conejos y peces hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude, continuarán perteneciendo al primitivo propietario, quien podrá reivindicarlas del poder de su actual poseedor. ¿Qué

debe entenderse por fraude ó artificio? Por de contado, los cimbeles.

La misma ley de Caza, en su art. 32, estima el cimbel ó señuelo como medio engañoso, y prohíbe la caza de palomas con semejante artificio.

Existe una raza de palomas selvícolas, llamadas vulgarmente palomas zuritas, las cuales, debidamente adiestradas, atraen á sus palomares á las palomas domésticas.

La posesión de estas palomas zuritas en la proximidad de los grandes palomares, y con la manifiesta intención de aquerenciar y atraer á las palomas domésticas, ¿acusa la existencia de fraude? En nuestro sentir, sí. Por fraude ó artificio debe entenderse todo medio voluntario que, despertando y excitando los instintos naturales de los animales albergados en guaridas de propiedad particular, sirva para arrastrarlos á abandonar dichas guaridas y á refugiarse en los albergues á los cuales hayan sido atraídos.

Pero á pesar de esta regla de carácter general, nuestros lectores no dejarán de comprender que la variedad de los medios fraudulentos y de los artificios inventados, tan múltiple y copiosa como lo es la malicia humana, convierte estas cuestiones en problemas de hecho, llamados á ser resueltos por los Tribunales de justicia en los casos concretos que sucesivamente se vayan presentando.

ART. 614. El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.

Concordancias.—Igual al art. 611 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 3.ª, tit. XXVIII, ley 45.* Thesoros fallan los omes a las vegadas en sus casas, e en sus heredades, por auentura, o buscandolos. E porque podria acaecer dubda, cuyo deue ser: dezimos, que si el thesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es, ans el señorio dello, e que deue ser todo de aquel que lo falla en su casa, o en su heredad. Fueras ende, si lo fallasse por encanta-

miento, ca estonce todo deue ser del Rey. Mas si por auentura lo ouiesse y alguno escondido, e pudiesse prouar, o aueriguar, que es suyo, estonce non ganaria el señorio dello, el que lo fallasse en su heredad. E si acaesciesse, que alguno lo fallasse en casa, o en heredamiento ageno, labrando y, o en otra manera qualquier, si lo fallasse por auentura, non lo buscando el a sabiendas; estonces deue ser la meatad suyo, e la otra meatad del señor de la casa, o de la heredad, do lo fallo: mas si lo fallasse buscandolo el estudiosamente, e non por acaescimiento de ventura; estonce deue ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello el que lo assi falla, ninguna cosa. Esso mismo dezimos que seria si el thesoro fuesse fallado en casa, o en heredamiento que perteneciesse al Rey, o al Comun de algund Concejo.

Nov. Recop., lib. X, tit. XXII, ley 3.ª—Ordenamos y mandamos, que qualquiera que supiere ó oyere decir, que en la ciudad, villa ó lugar donde morare, ó en su término hobiere tesoro ó otros bienes algunos, ó otras cosas que pertenezcan á Nos, que nos lo vengan á hacer saber luego por ante Escribano público á la Justicia que hobiere jurisdiccion en aquel lugar; y el que lo hiciere asi saber. si fuere hallado, que fue asi verdad lo que hizo hacer saber, que haya por galardon la quarta parte de lo que asi hiciere saber: y mandamos que la Justicia del lugar ó término donde esto acaeciere, que luego que tal cosa le fuere hecha saber en qualquiera manera, que de su oficio sepan la verdad del hecho, ó por pesquisa, y por quantas partes pudieren; y todo lo que sobre tal cosa hallaren en tal hecho, que lo envien ante Nos cerrado, y sellado y signado de Escribano público, porque Nos veamos y mandemos sobre ello lo que nuestra merced fuere, y hallaremos por Derecho; y si lo asi no hicieren, que por el mismo hecho pierdan el oficio.

Ley de 9 de Mayo de 1835.

Artículo 1.° Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes:

Cuarto. La mitad de los tesoros, ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquiera cosa de valor, ignorada ú ocultada, que se halle en terrenos pertenecientes al Estado, observándose en la distribución de los que se encuentren en propiedades de particulares las disposiciones de la *ley 45, tit. XXVIII, Part. 3.ª*

COMENTARIO.—El respeto á la más exquisita corrección científica exigía, aun á riesgo de incurrir en repeticiones, no pasar en silencio en el título destinado á tratar de la ocupación, el caso típico del tesoro. Así, observamos en primer término que el artículo 610 comienza por establecer la regla general.

«Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, *el tesoro oculto* y las cosas muebles abandonadas.»

Y á seguida fija las modalidades en los siguientes términos: «El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 del Código.» Es á saber: Art. 351. El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena ó del Estado y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias ó las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad á lo declarado.

Con lo expuesto debiéramos concluir, por cuanto la doctrina concerniente al tesoro quedó desarrollada en el comentario del susodicho art. 351 (véase tomo VI). Sin embargo, apuntaremos algunas notas críticas.

El art. 614 se refiere á un *tesoro oculto*. La redundancia es manifiesta, y en nuestro juicio la lima de la corrección debiera ejercer en tiempo oportuno su propio oficio. Si desde que la noción jurídica del tesoro vino al mundo de las ideas, es cualidad consubstancial del mismo la de que sea oculto, denota duplicación, y, por consiguiente, descuido, expresarse en la forma que lo hace el art. 614, porque pudiera presumirse la existencia legal de tesoros manifiestos, ó lo que es igual, de tesoros no ocultos.

Tanto más se percibe el defecto parando la atención en que el legislador se ha valido en la construcción gramatical del verbo «descubrir», y éste presupone necesariamente ignorancia, desconocimiento.

Descubrir. — «Hallar lo que estaba ignorado ó escondido.» í dice el Diccionario de la Academia Española, en la acepción e casa con el sentido en que dicha voz ha sido empleada por Código.

Confrontando el art. 614 con su equivalente el 351 se observa que al paso que el primero habla en tesis general de la propiedad ajena, el segundo especifica y se refiere además á la propiedad del Estado.

Esta omisión carece de importancia, porque no hay que perder de vista que la mención del precepto á que nos estamos refiriendo es puramente formalista, y con la mira de que en la concurrencia científica de todos aquellos modos adquisitivos que se cimentan sobre la *occupatio* no se notara la ausencia de un factor tan cardinal como el del descubrimiento de un tesoro. Cuando es el propio dueño el que por sí ó por medio de sus operarios, previamente advertidos del objeto de los trabajos de cava ú horadación, descubre el tesoro en la tierra ó en el muro ó pared de su propiedad, la ley ve en esto, más bien que la consecuencia inmediata de un acto de ocupación propiamente dicho, una prerrogativa del dominio, una como á manera de accesión, algo así como una materia secundaria que debe subordinarse á la principal que la albergaba y regirse por los mismos principios que esta última.

Mas cuando el hecho casual que pone al descubierto el tesoro lo realiza alguna persona que no es la propietaria del terreno ó muro en cuyo seno aquél hubiese sido escondido, entonces hay que equilibrar las fuerzas contrapuestas que representan, de un lado el dominio de la cosa raíz, y del otro el hecho casual de la invención. Por esto se divide el tesoro en dos mitades iguales y se adjudican al propietario en razón de su dominio y como reconocimiento de éste, y al descubridor á título de ocupación. He ahí el motivo de que en el artículo que estamos comentando se mencione el hecho jurídico de descubrir un tesoro en el fundo ajeno y se omita el relativo á la invención en el fundo propio. Esto no obstante, una crítica bien fundamentada no puede menos de reconocer en ambas modalidades un caso genuino de ocupación.

ART. 615. El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada ó su valor al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, á satisfacer los gastos.

Concordancias.—Igual al art. 612 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro VIII, tit. V, ley 4.ª*—Quien falla puercos aienos en su monte, o lo deve mostrar a sus vecinos, o los deve tener encerrados. E si su sennor de los puercos non viniere facer emienda, la primera vez puede tomar un puerco, e fagalo saber al iuez de la tierra que el tiene los puercos errados e encerrados. E si despues el sennor de los puercos non viniere, guardelos el sennor del monte cuemo los sos e tome ende el diezmo por el danno que ficieron e quando vinier el sennor del el gualardon por la guarda segund cuemo asmare el iuez.

Fuero Juzgo, libro VIII, tit. V, ley 6.ª—Quien falla caballo o otra animalia errada puedela tomar, e develo luego facer saber al sacerdote, o al sennor de la villa o al iuez, e decirlo paladinamientre en conceio ante los vecinos. E si lo non ficiere, deve ser tenudo por ladron. E otro si decimos delas otras cosas.

Fuero Juzgo, libro VIII, tit. V, ley 7.ª—Quien falla animalia ena, errada, e sin nenguna guarda, prendala de guisa cuemo non danne; mas guardela de guisa cuemo la su cosa. E si sennor del caballo o del animalia errada non la fallar dan-

nada, por cada cabeza de ganado mayor de al que la guardo la quarta parte dun sueldo, e quanto iurar el que la guardo, que despendio en el caballo o en el animalia, todo lo peche el sennor. E si aquel que la tiene la fizo perdediza, peche dos tales animalias a so sennor.

Fuero Real, libro IV, tit. XIII, ley 2.ª—Si el home que fallare alguna cosa, quier bestias, o otro mueble qualquier e non le pregonare en aquel dia que lo fallare o en el segundo dia: o si oyere el pregon, e no lo manifestare, e trasnochare en su casa, mandamos, que lo peche doblado a su dueño, las setenas al Rey: esta pena hayan aquellos que alguna cosa furtaren, por el primero furto: e si no hubiere de que lo pechar, o si ficiere despues otro furto, hayan la pena que es escripta en la ley de las penas.

Novisima Recopilación, libro X, tit. XXII, ley 4.ª—Ordenamos que qualquiera que hallare alguna cosa agena sea tenudo de lo poner luego en mano y poder del Alcalde de la ciudad o lugar en cuyo término fuere hallada; y el dicho Alcalde sea tenudo delo poner en poder de persona o personas idoneas, que lo tengan de manifiesto por un año y dos meses; y el quelo ansi lo hallare, o aquel a quien pertenesciere por privilegio, uso y costumbre lo mostrenco, hagalo en este interin pregonar por publico y conoscido pregonero del lugar, do la cosa fuere hallada, cada mes en dia de mercado. Y mandamos, que el mismo día que fuere hallada, la notifique el que la hallare ante el Escribano del Concejo del dicho lugar; y si hasta el termino de un año y dos meses el señor de la cosa hallada viniere, libremente le sea restituida, pagando las costas que fueren hechas en la guardar: y si aquel, o a quien pertenesce lo mostrenco, no hiciere las diligencias de suso contenidas, pierda el derecho que le compete al mostrenco y la cosa hallada la restituya como por hurto.

Novisima Recopilación, libro X, tit. XXII, ley 5.ª—Nuestra merced y voluntad es, que los ganados que atraviesan de un lugar a otro y de una cabaña a otra, sean seguros, y no se pierdan por mostrenco o algarino: mandamos: que si los tales ganados fueren hallados en campo sin pastor, que cualquier que los hallare, los tenga de manifiesto en si hasta sesenta días, y que los haga pregonar en los mercados acostumbrados; y si los señores dellos parecieren, que les sea luego dado y entregado lo suyo, pagando la costa que hubiere hecho en lo guardar.

Ley 6.ª, tit. XXII, lib. X, Novísima Recopilación.— Instrucción de 26 de Agosto de 1786.—..... 4.° El Alguacil ó Alguaciles ordinarios de la Subdelegación, ú otra qualquier persona que hallare algunos bienes perdidos, que no se sepa quien es su dueño, que se llaman mostrencos, los manifieste luego que los hallare ante los Jueces subdelegados, y ellos reciban información de cómo han sido hallados los tales bienes, y los Jueces los pongan luego en depósito y los hagan pregonar por espacio de un año y dos meses: y si pasado este tiempo no pareciere su dueño los manden vender y aplicar al objeto de construcción y conservación de caminos: y si dentro del dicho término pareciere su dueño, le vuelvan los tales bienes libres y sin costa alguna, salvo la que hubieren hecho en la custodia de los bienes semovientes y sustento de los que lo necesitaren: y quando los bienes embargados fueren de tal calidad que no se puedan guardar, habida información de ello, se podrán vender en pública almoneda guardando la forma del Derecho. Y para evitar la costa que causaría el mantener los bienes semovientes, se pasarán á vender con la solemnidad del Derecho cumplidos los dos meses primeros desde su aprehensión, y el procedido de ellos se depositará con auto judicial para que después se entregue á quien lo hubiere de haber: y lo mismo se observará en los bienes que hubiere de semejante calidad en los ab-intestatos.

5.° Si alguna persona hallare los tales bienes y luego no los manifestare ante los Jueces subdelegados, ellos procedan contra los tales ocultadores, como contra personas que cometen hurto, aunque sean personas que tengan título para percibir los tales bienes mostrencos, y por el mismo hecho los priven de tal derecho; pues todos deben denunciar y seguir la causa ante los Subdelegados, si no tuviesen privilegio en contrario ejecutoriado.

6.° Si sucediere hallarse los tales bienes fuera del lugar donde residen los Jueces subdelegados, hagan la manifestación ante el Escribano del lugar: y si no lo hubiere acudan á los dichos Jueces á hacer en su Audiencia la manifestación ó al Juez subdelegado que se hallare más cercano.

Ley 10.ª, tit. VII, lib. VI, Novísima Recopilación.—Ordenanzas de las Matrículas de mar de 12 de Agosto de 1802.— 18. Del mismo modo que en los naufragios han de entender los Comandantes de Marina en la custodia y adjudicación de todo aquello que la mar

arrojase á las playas, bien sea producto de la misma mar, ó de otra cualquiera especie que no teniendo dueño corresponderá á quien lo hubiere encontrado, lo mismo que al que extraxere conchas, ambar, coral, etc. Y quando los pescadores sacaren del fondo del mar anclas perdidas ó pertrechos de baxeles naufragados desde mucho tiempo, sabiéndose el dueño á quien pertenezcan, se le entregarán *pagando de hallazgo* la tercera parte del valor, lo mismo que en el primer caso; pero ignorándose la propiedad de los efectos y hecha la publicación prevenida en el art. 12, si en el discurso de un mes no pareciere quien justifique ser el dueño, se le entregarán á los que lo extraxeron.

ART. 616. Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2.000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte en cuanto al exceso.

Concordancias.—Igual al art. 613 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del artículo anterior.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 615 Y 616.—Pocos preceptos habrían alcanzado una vulgarización mayor que los contenidos en estos dos artículos, 615 y 616, si el conocimiento de las leyes civiles tuviera la extensión que fuera de desear, pero de la que desgraciadamente carece. Acaso en ningún principio se favorece tanto ese interés egoísta, á impulsos del cual pretendemos extender nuestro dominio á aquellas cosas que el azar nos proporciona sin ningún esfuerzo por nuestra parte. Y es que en el flujo y reflujo de las acciones del hombre, aun de aquellas que por su inconsciencia no merecieran semejante nombre; en esa eterna ley del contraste, que todo lo invade y todo lo cualifica, suele recaer la desventura ajena en el provecho propio, llegándose por el dere-

cho en seguimiento de una tendencia que no peca ciertamente de altruista, pero que por eso mismo es muy humana, á consagrar, si no la aspiración de absorber en nuestro dominio por el hecho mismo del hallazgo la cosa encontrada, sí á lo menos una porción del precio de dicha cosa ó una parte alícuota si fuese reductible á división sin detrimento de su substancia. La desgracia del perdidoso truécase en ventaja del que realizó el hallazgo.

El Código civil se ha limitado á recoger los escasos antecedentes de nuestro derecho patrio, afinándolos y armonizándolos con los preceptos de algunos de los Códigos modernos, construyendo dos artículos que parecen calcados hasta en sus detalles en los 715 al 719 del Código de Italia.

El pensamiento que ha generado una disposición como la que comentamos, y que con variantes que no afectan á lo esencial de la teoría se repite en la mayor parte de las legislaciones extranjeras, es, en nuestro sentir, el de que, existiendo cierta analogía innegable entre el acto de ocupación que implica el descubrimiento de un tesoro y el de cuasi ocupación, digámoslo así, que supone el hallazgo de una cosa mueble perdida ó abandonada, debe existir también esa analogía en cuanto á los efectos que recaigan en beneficio del descubridor ó inventor. Siguiendo las derivaciones de esta doctrina, si al que descubre un tesoro le asignan las leyes la mitad de su valor, nada más lógico que al inventor de una cosa mueble que no sea tesoro se le adjudique por el propio imperativo legal una cuota proporcional del precio ó una parte alícuota si fuese susceptible de división.

Así planteada la teoría, halaga en extremo, porque lleva consigo la seducción de todos los raciocinios que sin violencias externas se ciñen y reducen á las reglas inflexibles de la lógica.

Con efecto. Nosotros mismos, en uno de los tomos anteriores, hemos sostenido que la cosa mueble perdida ó abandonada desde que involuntariamente sale del poder de su legítimo poseedor, entra en una categoría *sui generis*, en la consideración de cosa *semi nullius*, según dijimos, para expresar nuestro pensamiento de un modo gráfico. Y añadíamos: la cosa perdida se ofrece en el orden de la naturaleza como materia propicia para la ocupación, al igual de aquellas otras que la tierra ó los mares brindan espontáneamente.

Pero en el fondo de la argumentación palpita, en nuestro sen-

tir, un error que reconoce por origen el ser una de las premisas defectuosas. Es cierto que si la ocupación propiamente dicha atribuye al ocupante el dominio de la cosa ocupada, la ocupación impropia ó cuasi ocupación del hallazgo debe conferir al inventor algún derecho sobre la cosa hallada.

Esto deslumbra, atrae; ¿pero hay paridad entre ambos casos? No.

La ocupación propiamente dicha elimina toda posibilidad de derecho sobre la cosa, anterior al acto de ocupar; requiere que ésta sea libre, *nullius*. La cuasi ocupación del hallazgo presupone un dominio latente, porque aun en aquellos casos en que se dude acerca de si la cosa ha sido perdida ó abandonada debe aceptarse la presunción del extravío, como lo hace uno de los Códigos más científicos, es á saber, el de Portugual. (Art. 421.)

En la ocupación propiamente dicha del tesoro no hay lesión ni puede haberla, porque si una de las notas cualificativas del tesoro es la de que no conste su legítima pertenencia, según expresa el art. 352 del Código vigente, repitiendo el concepto romano contenido en estas palabras del Digesto, *cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat;* si por el mismo hecho de ser condición del tesoro la de estar oculto ó ignorado, puede asegurarse que se ha borrado toda noción de un dominio actual, susceptible de encarnar en una acción militante ante los Tribunales de justicia, claro esta que faltando uno de los elementos necesarios de toda relación jurídica no puede prosperar la idea hipotética de una lesión, porque no existe sujeto que la padezca. Partiendo de esta tesis, tan pura y tan exacta ,nada más acomodado á Derecho como que el descubridor del tesoro obtenga, ó el tesoro íntegro si es al mismo tiempo propietario del terreno ó casa en que aquél haya sido encontrado, ó la mitad del tesoro en justa reciprocidad y premio del descubrimiento.

Vengamos al caso del hallazgo de una cosa mueble. Por de contado siempre existirá la duda de si dicha cosa ha sido perdida ó abandonada. En la incertidumbre debemos optar por la primera presunción, porque no es normal ni se ajusta á términos racionales el abandono deliberado de objetos que por sí ó en trueque de otros pueden proporcionar un bienestar, una utilidad, la satisfacción de una exigencia del cuerpo ó del espíritu.

Y no hablemos de aquellas otras situaciones, las más frecuen-

tes sin duda, en las cuales el extravío de las cosas muebles es un hecho comprobado, y se conoce al legítimo dueño.

En la certidumbre ó en la incertidumbre, bajo el imperio de una *praesumptio* racional y extremadamente jurídica, ó bajo las influencias positivas de una realidad despejada y sin obscuridades, el hallazgo arguye un dominio latente, imposible de desconocer y de negar, siquiera por una omisión, por un acto no intencional, ese dominio esté expuesto á extinguirse por la pérdida de la actualidad posesoria, de hecho sobre la propia cosa extraviada. Hay una lesión, porque esa cuota que se desmembra de la suma hallada, ó esa otra parte del precio de la cosa, que la ley detrae en premio del hallazgo, recae en daño del legítimo propietario. Justo y legítimo es el principio de la remuneración; pero en tanto no lesione un derecho reconocido por la ley en toda su integridad, cual es el de recuperar la cosa extraviada. Se dirá que adelantándose el legislador á las intenciones probables del que logra la restitución, tasa esas intenciones y valúa el mérito del hallazgo imponiendo como un deber lo que debiera ser producto de la libre voluntad.

No sabemos hasta qué punto es legislable la virtud moral del agradecimiento, ya que por estos derroteros ha debido caminar el legislador y no por los de la inexistente paridad entre el caso del tesoro y el del hallazgo.

Esto no obstante, algunos Códigos civiles extranjeros en cuyo sentir se ha inspirado el legislador patrio, han aceptado como buena la teoría de la recompensa forzosa, del agradecimiento legal si se nos tolera la expresión, sin tener presente que la semejanza en un punto no es la analogía total que requiere la aplicación del axioma jurídico de que donde existe igual razón debe regir el mismo principio de derecho, y que si el hallazgo de un objeto perdido y el descubrimiento de un tesoro, tienen entre sí como punto común de contacto, el de ofrecerse la cosa en el orden de la naturaleza como materia propicia para la ocupación, en cambio se distancian y diferencian por modo tan radical é influ-nte, cuanto que la adaptación al primero de la doctrina legal e rige en punto al segundo, produce una lesión, lesión imposi- respecto al tesoro por la inexistencia, como antes hemos ex-icado, de sujeto que la padezca.

Hemos dicho antes que los artículos 715 al 718 inclusive del

Código italiano son los que han servido de pauta al legislador español.

Ambos Códigos, el patrio y el de Italia, parten de la división de las cosas muebles según tengan ó no la cualidad legal de tesoro. Asimismo proclaman el deber indiscutible de restituir la cosa á su legítimo dueño si fuese conocido, consignándola en otro caso en poder de la Autoridad local del lugar donde hubiere sido hallada. Reconocen el deber del Síndico y del Alcalde respectivamente de hacer público el hallazgo por medio de anuncios renovados por espacio de dos domingos consecutivos. Ambos Cuerpos legales adjudican la cosa encontrada ó su valor al autor del hallazgo, siempre que hubieren transcurrido dos años á contar de la segunda publicación sin haberse presentado el dueño. De igual manera establecen que se saque á pública subasta la cosa mueble cuando no pudiese conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor; y por último, los dos Códigos consagran un artículo á establecer que el propietario que reclame á tiempo está obligado á pagar, á título de recompensa, una cuota proporcional al valor del hallazgo. El Código italiano fija esta cuota en la décima parte si la suma ó el precio de la cosa no pasare de 2.000 liras, y la vigésima parte en cuanto á la demasía si excediere.

El Código español mantiene también la misma cifra de la generosidad oficial.

Entre los Códigos americanos, el de la República de Chile se inspira en análogas fuentes, si bien introduce ciertas variantes que, sin alterar la doctrina, la comunican tonalidad y color propios. Así, por ejemplo, abrevia la interinidad hasta el término de un año, pasado el cual, la especie encontrada se subastará, partiendo el producto entre la Municipalidad del departamento y el inventor. Mas si antes de espirar el susodicho término se presentase el dueño de la cosa, le será restituída pagando las espensas y lo que á título de salvamento adjudicare la Autoridad competente al que encontró y denunció la especie. Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo al denunciador, elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida.

Enfrente de esta teoría que proclama como dogma el principio del agradecimiento, obligatorio y codificado, otra escuela mantiene la doctrina, en nuestro sentir más exacta, de una am-

plia libertad de remuneración del hallazgo, estimándola, no como deber legal, sino como manifestación de un sentimiento puramente moral, é imposible por eso mismo de encerrarlo en las cuadrículas de un Código. Forman grupo entre los adictos de dicha opinión el Código de Portugal y los de Méjico y Guatemala. El primero de dichos Cuerpos legales principia por exponer la obligación de todo el que hallare una cosa perdida de restituirla á su dueño, y si éste fuese ignorado, la de poner el hecho en conocimiento de la Autoridad administrativa del lugar del hallazgo en el término de tres días, para que aquélla lo mande anunciar en las puertas de la iglesia parroquial. Si el valor de la cosa excediese de 3.000 reis (15 pesetas), se publicará además un anuncio en el *Boletín* de la Audiencia del Territorio.

Para el caso de que el dueño no formulase reclamación á la propiedad de la cosa extraviada, el Código lusitano acepta el principio de la adjudicación al inventor; pero establece una escala prescriptiva en correlación directa con la cuantía del hallazgo. Si el valor de la cosa no excediere de 3.000 reis, cuarenta y cinco días, á contar de la fecha de publicación de los anuncios. De 3 000 á 6 000 reis, tres meses desde el anuncio en la *Gaceta*. De 6 000 á 12 000, seis meses, y, finalmente, si pasare de 12.000 reis, un año contado desde la misma fecha; pero en este último caso deberá reservarse el valor de la tercera parte, una vez deducidos todos los gastos, para el Consejo de Beneficencia pupilar del distrito en que la cosa hubiere sido hallada.

Los Códigos civiles de Méjico y Guatemala, aun cuando profesan también la sana doctrina de que el agradecimiento no ha de ser impuesto, y mucho menos ha de resolverse siempre en una remuneración pecuniaria, sólo adjudican al inventor una porción mínima del precio de la cosa hallada, destinando las restantes á fines puramente benéficos. Así, el Código guatemalteco adjudica al autor del hallazgo sólo un tercio y el mejicano una cuarta parte del valor de la cosa realizada en pública almoneda.

Quedan expuestas las dos tendencias que en lo concerniente á la remuneración por el hallazgo se han manifestado en los Códigos.

Si viniendo ya á nuestro derecho civil, repasamos por vía de antecedente histórico nuestras antiguas leyes, observaremos que las ellas reconocen en el sujeto paciente de la pérdida la facul-

tad de volverla á su posesión, ya que su dominio hay que reputarlo latente. Y es que se impone aquella regla de Modestino, según la cual entendemos que la cosa está en nuestro patrimonio cuando, si la perdemos, nos compete acción para recuperarla. «*Rem in bonis nostris habere intelligimur... aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.*» Harto se comprende que el concepto de pérdida expuesto por la transcrita ley romana es amplísimo y no se ciñe puramente á las pérdidas involuntarias de la cosa mueble, pero, esto no obstante, en dicha regla jurídica reside la idea madre de la cual derivan, como ramas de un tronco común, todas las demas que han sido desarrolladas minuciosamente por las legislaciones modernas.

Los legisladores visigodos, mirando por la conservación de los ganados, dictaron leyes para que las animalias erradas, caballos, puercos, etc., no causasen daño en los montes y fuesen restituídas á sus dueños, pechando éstos por cada res la cuarta parte de un sueldo y todas las despensas que jurare el que las halló.

El Fuero Real ya procedió con más amplio criterio, y extendió la ley, no sólo respecto á las animalias, sino á cualquier otro mueble, imponiendo, bajo pena de pechar por furto doblado, el valor de la cosa, con más las setenas al Rey, la obligación de pregonar y hacer público el hallazgo.

Hasta aquí sólo puede observarse puro y sin aditamentos el principio de la restitución de la cosa perdida á su dueño, por cuanto la contravención implicaba el cometimiento de un hurto. Ya por una ley dada en Briviesca por D. Juan I, y que corresponde á la *3.ª, tit. XXII, libro X de la Novísima Recopilación,* se premiaba la denuncia de cualquier bien vacante perteneciente á la Corona con el emolumento de la cuarta parte de lo que se hiciere saber. He aquí el primer vestigio del hallazgo remunerado en nuestras antiguas leyes, vestigio que, si bien se presenta tintado con los colores de la denuncia, no por ello deja de ofrecer interés en este rápido examen histórico.

Por la *ley 5.ª* del mismo título y libro, ley dada en 1371 por Don Enrique II en Toro, se previno que los ganados que atravesasen de un lugar á otro y de una cabaña á otra, permaneciesen seguros y no se perdiesen por mostrenco ó algarino, añadiéndose que cuando los tales ganados fuesen hallados en el campo sin

pastor, se les tuviere de manifiesto hasta sesenta días, haciéndolos pregonar en los mercados acostumbrados; y si pareciesen sus dueños se les entregasen, pagando los gastos que se hubiesen originado.

Por ley de D. Fernando y Doña Isabel en Madrigal, *4.ª, título XXII, libro X de la Novísima Recopilación,* se dispuso que cualquiera que encontrare alguna cosa ajena, la pusiese luego en mano y poder del Alcalde del lugar en cuyo término fuese hallada, y el Alcalde la depositase en poder de persona idónea que la tuviere de manifiesto por un año y dos meses, debiendo el autor del hallazgo, ó aquel á quien por privilegio, uso y costumbre perteneciere lo mostrenco, hacerlo pregonar por público y conocido pregonero en el lugar donde la cosa hubiese sido hallada, cada mes en día de mercado. Finalmente, por la Instrucción de 26 de Agosto de 1786 (*ley 6.ª* de los mismos título y libro, también de la Novísima), se reprodujo y perfeccionó la misma ley de Don Fernando y Doña Isabel, aunque con el aditamento de que el importe de los bienes perdidos y no reclamados se aplicare á la construcción y conservación de caminos.

***

Penetremos ya en el comentario, propiamente dicho, del artículo 615.

Procede el Código por distinción, según se trate ó no de tesoro, y en tal sentido, la invención, en su más amplio concepto, podemos considerarla dividida en dos ramas: 1.º El descubrimiento de un tesoro. 2.º El hallazgo de cualquiera otra cosa mueble.

Respecto del tesoro, como quiera que toda relación de dominio anterior al hecho del descubrimiento se considera extinguida, justifícase plenamente que la ley, tratando de crear derechos y consolidarlos, atribuyéndolos á sujeto cierto, con el fin de evitar interinidades y contiendas, se lo adjudique al descubridor, reclamando, no obstante, su iniciativa, por las prerrogativas que un último dominio sobre el fundo que ocultaba el tesoro, pudiera llegar, en cuanto éste se repute como accesión ó complemento de lo principal, que es, como queda dicho, el dominio del fundo.

Tratándose de tesoro, hay que eliminar todo concepto de res-

titución. Mas no sucede lo propio si la cosa mueble no es tesoro, ó lo que es lo mismo, si no es depósito oculto é ignorado consistente en dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste. La naturaleza nos brinda sus productos, bien espontáneamente, bien merced al esfuerzo humano, pero de estos mismos productos naturales, el prurito asimilista del hombre ha ido excluyendo el uso colectivo, fundiendo esta serie de exclusiones en la matriz de la propiedad individual. Al adaptar los productos naturales á la satisfacción de sus necesidades, el hombre, ayudado de la ciencia, que como conjunto armónico de ideas, constituye por su inmaterialidad un patrimonio universal, ha transformado dichos productos formando objetos nuevos, y aplicándolos por sí mismos, ó reproduciéndolos, generalizándolos y, en definitiva, trocándolos por el signo comúnmente aceptado como medida de todo valor, en cuanto le tiene por sí propio. Y de tal suerte la propiedad individual, llegada ya á su más amplio desenvolvimiento en las modernas civilizaciones, ha encarnado como en materia viva y palpitante en el objeto, en la cosa mueble, caracterizada muy principalmente por su facilidad traslaticia, que bien puede asegurarse sin temor á incurrir en error, que detrás de cada cosa mueble, por muy exiguo y despreciable que sea su valor, se esconde un propietario, cuya propiedad debe ser respetada por la ley y protegida con el derecho más esencial de todo dominio, es á saber, con el de reivindicar. ¿Qué es después de todo el deber de restituir la cosa mueble encontrada, sino una generalización de la *reivindicatio?* Porque el concepto legal de restitución es la conversión en pasiva, digámoslo así, del elemento jurídico activo reivindicar. ¿Qué de extraño tiene en su consecuencia, que el art. 615 del Código civil comience diciendo que el que encontrare una cosa mueble que no sea tesoro, está en la obligación de restituirla á su anterior poseedor?

La idea ya expuesta de que detrás de cada objeto mueble, por exiguo que sea su valor, por limitada que sea su utilidad, se esconde un propietario, es la que ha generado la *praesumptio juris* trasparentada por nuestro Código y traducida en términos concretos por el Derecho civil lusitano, de que en la duda de si u objeto mueble ha sido abandonado ó perdido, se repute perdid y sostenemos que el artículo que comentamos trasparenta dicl presunción y descansa sobre ella, porque generaliza, porque

distingue, porque deshecha la hipótesis del abandono, en el mero hecho de condicionar todos los casos probables por el deber de reintegrar la cosa á su dueño si fuere conocido, ó de depositarla en poder del Alcalde de la localidad donde se realizare el hallazgo en el supuesto contrario.

No quiere esto decir que el artículo constriña á la devolución de las cosas muebles que no sean tesoro, aun en aquellos casos en que el abandono se manifiesta externamente por actos notorios y persuasivos. La ley de Partidas y lo mismo las leyes romanas preveían estas contingencias, estimándolas cuando el desamparo era manifiesto, como verdaderas adquisiciones de dominio por parte del ocupante. Así, v. gr., la *ley 9.ª*, § 7.°, *tit. I, lib. XLI del Digesto*, decía: *Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei propietatem, ut ecce, qui missilia iactat in vulgus, ignorat enin quid eorum quisque excepturus sit, et tamen quia vult, quod quisque exceperit, eius esse, statim eum dominum efficit*, lo que en romance significa: Tal vez se transfiere la propiedad de la cosa á persona incierta por voluntad del dueño; como si echara alguna cosa para el pueblo, porque aunque el dueño ignora quién la ha de adquirir, es su intención la de que se haga señor de ella el primero que la ocupe.

La *3.ª Partida* dedica dos leyes á ocuparse del abandono de las cosas muebles, á saber, *la 48 y la 49*, ambas del *título XXVIII*. La ley primera de las citadas, tomando como motivo de hecho la antigua costumbre de arrojar monedas á la muchedumbre en ocasiones tan solemnes como la coronación de Reyes y Emperadores, sienta la siguiente regla de derecho: *E por ende dezimos que quien quier que tomare oro ó plata, ó otras joyas que assi fuessen echadas por las carreras, que gana el señorio cada uno de quanto tomare. Ca tal entendimiento manda el Rey echarlo por las carreras que sea de cada uno lo que fallare ó prissiere e faga dello lo que quisiere.* La segunda ley recoge el caso del desamparo voluntario de una cosa mueble, no por causa de liberalidad en festejo público y con ocasión singular y solemne, sino en circunstancias normales y por deliberado propósito de abandono, y dice: *Desamparanse los omes á las vegadas de algunas cosas que han, e desamparadas, e echanlas, de manera que sean suyas de quien las quisiere. E por ende dezimos que quando algund ome echare alguna su cosa mueble con intencion que non quiere que sea suya, que quien quier que la*

tome primeramente, e la lleue, que gana el señorio della, e sera suya dende adelante.

Permítasenos esta digresión por las antiguas fuentes legales, así por lo que contribuye á aclarar el artículo, cuanto porque suple la nebulosidad del novísimo Código, en materia tan interesante como la del abandono de las cosas muebles por actos directamente manifiestos.

Derívase de lo expuesto que al emplear el artículo objeto de nuestro comentario el verbo «encontrar», *El que encontrare una cosa mueble*, refiérese á aquellas cosas respecto de las cuales, por la incertidumbre de si han sido perdidas ó abandonadas, se acepta la racional presunción del extravío. Esta misma presunción, basada, como antes hemos manifestado, en la tesis de que toda cosa mueble susceptible de proporcionar un servicio, debe tener un dueño, es la que ha movido á los legisladores á generalizar por manera tan extensa que, sin faltar á la verdad legal, porque la reflexión descubre lo que la letra calla, no coincide el precepto escrito con la más estricta exactitud jurídica. El concepto de restitución envuelve necesariamente el de la existencia actual de un poseedor anterior, porque en la relación que semejante acto denota, encontramos pluralidad de sujetos, unidad de objeto y dependencia de un sujeto respecto del otro por el mejor derecho del primero sobre el objeto. Mas no todas las cosas muebles ocupadas, y decimos ocupadas porque en el génesis de la *occupatio*, el hallazgo es el momento primero de un proceso como hecho jurídico, no todas las cosas muebles ocupadas, repetimos, arguyen fatalmente la restitución, por cuanto, hablando en términos absolutos, como habla el art. 615, cosas muebles existen que sin ser tesoro no pertenecen á nadie y son propiedad del primero que las aprehende. La res que vaga por el bosque ó prado de dominio público, las aves de los espacios, los peces del mar, las brozas, ramas y leñas que vagan flotando en las aguas ó son depositadas por ellas en el cauce ó en terrenos de dominio público, las leñas de los montes comunales en las épocas de corta y bajo la inspección de los Comisarios, y como decían las leyes de Partida el oro, aljófar ó piedras preciosas que hallaren los hombres en la arena que está en la ribera del mar, todas estas cosas son de naturaleza mueble, y sin embargo, no rige para ellas el precepto de la restitución por lo mismo que carecen de dueño hasta el

momento mismo de ser ocupadas. Obsérvese el fundamento con que tachamos antes al art. 615 de excesivamente generalizador. Es cierto que no se quebranta la verdad legal, pero también lo es que se deslustra su brillo.

Hemos dicho antes que el principio sustancial de la restitución, sobre el cual descansa toda la doctrina concerniente á las cosas muebles perdidas, es, valiéndonos de un símil, la voz pasiva del elemento activo «reivindicar». Mas para que la reivindicación de la cosa mueble extraviada pueda tener lugar es requisito indispensable el de que una persona distinta del que extravió la cosa, la encuentre.

El artículo que comentamos previó, como no podía ser menos, el caso en que el autor del hallazgo ignore la pertenencia legítima de la cosa, y proveyendo respecto del particular, dispone que se consigne en poder del Alcalde del pueblo donde hubiere tenido lugar el encuentro. Pero así como el legislador dicta sus preceptos con la mira de que por todos sean cumplidos, y en el proceso de este racional anhelo llega á la ficción del conocimiento universal, mediante la exclusión de toda ignorancia como justificativo de incumplimiento, así también hay quienes por fragilidades de conciencia, cuando no por prurito de rebeldía tintado de dañoso egoísmo, desobedecen el mandato legal, originando con su desobediencia hechos prácticos que constituyen otros tantos problemas de derecho.

El que encuentra una cosa mueble que no sea tesoro, é ignora quién ha sido su anterior poseedor, puede desde luego cumplir con las disposiciones del art. 615 en su literalidad, ó prescindir de las mismas reteniendo indebidamente y disfrutando como si fuera propia la cosa hallada.

En la primera hipótesis, el efecto jurídico que se produce es el de reducirse el término prescriptivo común de tres años, establecido por el art. 1.955 del Código, toda vez que el propietario que extravía una cosa debe usar de su derecho dentro del plazo de dos años á contar de la segunda publicación de los anuncios referentes al hallazgo.

No se trata, como pudiera creerse, de una contradicción flagrante de la teoría que rige en punto á la prescripción de los bienes muebles. No es tampoco que los diversos términos prescriptivos exigidos por la peculiar naturaleza y distinta categoría de

los bienes que el Derecho patrio admite en su sobria clasificación, se congreguen en un capítulo, especie de sincretismo jurídico, donde juegan diversos elementos sin la compenetración ni enlace propios de toda teoría. No. El precepto que estudiamos es un caso de excepción, sancionado en términos generales por el artículo 1.338, y justificado, á más de la publicidad que por mandato de la ley debe darse al hallazgo y que no excusa el abandono por mayor plazo de dos años, por la concurrencia de un título justo, la ocupación mediante el hallazgo, y la *bona fides* visible á simple vista en el hecho de respetar la ordenación legal, y consignar la cosa hallada en poder de la autoridad competente.

Si tuviese lugar el segundo supuesto, ó lo que es lo mismo, si el autor del hallazgo retuviese indebidamente en su poder y disfrutase como propia la cosa encontrada, surgiría entonces la silueta del delito, sin que cupiera alegar en contra que la mera omisión que implica la desobediencia á un principio de Derecho civil, no cae dentro de la esfera penal; porque no es tanto la desobediencia como la negación de la propiedad que representa la retención indebida de toda cosa mueble susceptible de proporcionar alguna utilidad por sí misma ó en trueque de otras. Mas el verdadero problema que en esta segunda hipótesis nos debe interesar como más atinente á la índole de nuestros estudios es el que se condensa en la siguiente pregunta: ¿Cuánto tiempo durara la acción del propietario para reivindicar la cosa perdida de manos de quien indebidamente la retenga? Aun cuando reproducimos en este lugar la tesis cuestionable, omitimos su dilucidación y respuesta, toda vez que en el comentario del art. 464, tomo VIII, hállase esplanado nuestro criterio con bastante amplitud.

Réstanos un último extremo para concluir la explicación del canon fundamental jurídico contenido en el inciso primero del artículo 615. Habrán observado, sin duda, nuestros lectores que el artículo que acabamos de citar, al consagrar en una regla positiva el principio de la restitución de la cosa perdida, no menciona al legítimo dueño, sino al anterior poseedor.

Una cosa mueble puede haber sido extraviada por su propietario ó por aquella persona que la poseyere, bien á título de comodato, de depósito, de caución prendaria, por mera tolerancia del dueño y aun por razón de usufructo, puesto que el art. 481 reconoce la posibilidad de que dicho derecho limitativo del domi-

nio se establezca sobre cosas que sin consumirse se deterioren poco á poco por el uso.

En todos estos casos existe un poseeedor, puesto que, á tenor del art. 432, la posesión puede tenerse en uno de dos conceptos: ó en el de dueño, ó en el de tenedor de la cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, pero perteneciendo el dominio á otra persona.

¿Refiérese el art. 615 á todo linaje de posesión, y consiguientemente á los poseedores que hemos mencionado? En nuestro sentir, sí; porque el legislador no ha podido prescindir de que con respecto á los bienes muebles, por su carencia de título instrumental, la mera posesión arguye dominio, y como quiera que éste se manifiesta externamente por la *possessio,* nada más acertado para evitar incertidumbres que adoptar un término generalísimo que, cual el de poseedor, conviene con todas las relaciones jurídicas que como la propiedad, el usufructo, el comodato, la prenda, representan una suma total de derechos ó desmembraciones de esa totalidad, pero que recayendo sobre la cosa, determinan una preferencia, una primacía que la ley debe amparar. El hecho de la restitución no prejuzga la cuestión de dominio y puede reintegrarse á un depositario la cosa depositada objeto del extravío, sin que padezca ni se cercene en lo más mínimo el derecho del propietario. En consecuencia de lo expuesto, creemos que el Código patrio, siquiera se haya asimilado conceptos propios del Código de Italia, se ha conducido previsoramente sin sacrificar en rendimiento á la ficción de la iniciativa, la integridad de un texto bien meditado y bien desenvuelto.

Hasta aquí, el artículo objeto del comentario legisla en el supuesto de que el autor del hallazgo conociese al poseedor de la cosa hallada. Mas este conocimiento puede ser anterior y directo ó derivado y adquirido con posterioridad al encuentro.

Ejemplo de lo primero sería si la cosa hallada se distinguiese por su singular originalidad, y el autor del hallazgo la hubiese visto diferentes veces en manos de su poseedor. Ejemplo de lo segundo, si la cosa tuviese algún signo ó indicación mediante el cual se pudiera venir en conocimiento de su pertenencia legítima, v. gr., una cartera con valores, pero dentro de la cual hubiere tarjetas indicadoras del nombre y dirección del que, dada una racional presunción, debería reputarse dueño de dichos va-

lores; una joya marcada con un timbre heráldico conocido, etc. Creemos innecesario prevenir que este conocimiento derivado y posterior al hecho del encuentro, se equipara por completo al conocimiento directo y anterior de la cosa y de su propietario ó poseedor.

Pero el legislador no pudo menos de conjeturar que si en las localidades de escaso vecindario, donde por la mutua y constante comunicación de unos con otros, el precepto del inciso primero del art. 615 puede ser eficaz, su virtualidad vendría á resultar nula ó casi nula en aquellas poblaciones en las cuales el crecido número de habitantes y la extensión del área urbanizada, impiden el trato frecuente, y con el trato el conocimiento. Así es que, previendo la contingencia, ordenó que si el poseedor anterior de la cosa extraviada no fuere conocido por el inventor, deberá éste consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde el hallazgo hubiere tenido lugar.

Ninguna duda ofrece la disposición legal, porque aun admitido el supuesto de que la cosa mueble hubiese sido encontrada en despoblado, es nuestro parecer que la competencia del Alcalde se determinará por la extensión del término del Municipio á cuyo frente desempeñe aquél sus funciones.

Hablamos, como es consiguiente, analizando el artículo desde el punto de vista convencional que supone la estricta aplicación del derecho escrito; porque si descendemos á los hechos, reflejando la práctica desconsoladora, tintada siempre del provecho y conveniencia individuales, tenemos la certeza de que el art. 615 es ya letra petrificada.

Examinemos ahora el procedimiento que el art. 615 ha establecido, inspirándose en el deseo de dar publicidad al hallazgo. Como nota crítica anticipada y sin recelo de incurrir en severidad, bien puede tacharse dicho procedimiento de incoloro, confuso, y, muy principalmente, de no responder á una justa estimación de la realidad.

Consignada la cosa en poder del Alcalde de la localidad donde hubiere sido encontrada la cosa mueble perdida, mandará aquél hacerlo público durante dos domingos consecutivos «en la forma acostumbrada». Es decir, que en algunas localidades se valdrán del pregonero público, en otras se fijarán edictos en el tablón de la Casa Consistorial, y en no pocas aldeas, se pondrán anuncios

en los soportales de la iglesia mayor. La manera de comunicar publicidad al hallazgo no es ciertamente muy uniforme, antes bien, desbarajustada y variable, según las tradiciones de cada población; pero no cabe deducir otra cosa de la recta y literal interpretación de las palabras entresacadas. El Código de Portugal, en su art. 415, reglamenta el modo de hacer público el hallazgo, y dispone que la Autoridad administrativa hará anunciar en las puertas de la iglesia parroquial el suceso en cuestión. De varios preceptos de nuestra ley Municipal se desprende que todo Ayuntamiento debe dedicar un lugar que esté á la vista de los vecinos para exponer determinadas resoluciones. Atendido este antecedente, nada más natural que la pérdida se anuncie en el tablón de edictos de la Casa Consistorial. Éste sería un medio de unificar.

El Código se limita á prescribir que el Alcalde hará publicar el hallazgo en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos; pero aunque de la indeterminación y vaguedad del precepto parece desprenderse que es incumbencia de dicho funcionario la designación del domingo en que ha de verificarse el primer anuncio, creemos que la naturaleza rápida del procedimiento de que se trata exige que se complemente el segundo párrafo del artículo 615, haciendo constar que los anuncios se publicarán á contar del domingo inmediato al día en que por parte del inventor se consignó la cosa encontrada en poder de la Autoridad municipal. De suerte que si en vista de las observaciones que preceden, se alterase la redacción del texto que comentamos, podrá formularse en la siguiente forma: «El Alcalde hará publicar el hallazgo fijando anuncios en el tablón de edictos de la Casa Consistorial, y valiéndose de pregonero en aquellos Municipios donde exista, por espacio de dos domingos consecutivos, á contar del inmediato al día en que haya tenido lugar la consignación de la cosa extraviada. Los anuncios, y en su caso el pregón, deberán expresar la naturaleza, valor aproximado, día en que se encontró, y demás circunstancias que concurran á la determinación del objeto hallado.»

Previene el Código, al igual de otros similares, que si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta. Mas el Código español añade por cuenta propia: *luego*

que hubieren pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño. Como quiera que del primero al segundo anuncio, ó sea de domingo á domingo, median siete días, y es muy fácil que la consignación del hallazgo en poder de la Autoridad pública haya tenido lugar al principio de semana, resulta que el plazo que habrá de transcurrir antes de efectuarse la subasta fluctuará, necesariamente, entre quince días, tiempo mínimo, y veintiuno, tiempo máximo.

Compréndese á simple vista cual ha sido el pensamiento de los legisladores al distanciarse del parecer de aquellos Códigos extranjeros consultados más frecuentemente por la Comisión codificadora. Dar tiempo á los efectos de propaganda, digámoslo así, de la publicidad del hallazgo, y garantir los derechos del propietario á recuperar la cosa extraviada en toda su integridad. En el dominio que un sujeto cualquiera ostente sobre una cosa, sea ésta mueble ó raíz, no hay que mirar tan sólo á su equivalencia metálica, ciertamente muy menoscabada, por regla general, en las alternativas de tipo que son consiguientes á la pública almoneda. Constituye también fondo de la relación de propiedad, algo así como si dijéramos su propia alma, ese conjunto de afecciones íntimas hacia la cosa, no compensadas jamás en dinero, y que un buen legislador debe respetar. ¿Y cómo obtener esa consagración del afecto á la cosa, si se procede *incontinenti* á la venta en pública subasta, sin tregua ni espera?

La conducta del Código patrio es merecedora de aplauso; pero esto no obstante, es imposible desconocer que existen porción de materias respecto de las cuales la detención por un término de quince á veintiún días sin consumirlas vale tanto como deteriorar, no digamos ya con el art. 615 su deterioro, sino su total pérdida y ruina. Tal sucede, por ejemplo, con las substancias alimenticias. Somos de parecer que en ocasiones extremas como la apuntada, no incidiría en falta la Autoridad municipal que con las debidas formalidades subastase inmediatamente las materias encontradas y conservase en depósito el producto obtenido á disposición del dueño de aquéllas.

La razón de nuestro criterio en este particular estriba en dos apoyos: 1.º Que el Código previó los supuestos del deterioro y de la disminución de valor por efecto de los gastos excesivos que la conservación de la cosa exigiese; pero no ha previsto el caso de

pérdida ó inutilización absoluta. 2.° Porque parécenos más racional reservar al propietario, en vez de una substancia completamente averiada é inútil, un producto metálico que, aunque mermado por los gastos de la subasta y la depreciación que va aneja á semejante procedimiento, siempre es utilizable, y en último término representa, si bien lograda en circunstancias anormales, la ganancia que el propietario habría obtenido por sí propio de no sobrevenir la contingencia de la pérdida.

Prosigue el art. 615 declarando que pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, *se adjudicará* la cosa encontrada ó su valor al que la hubiese hallado.

La mera enunciación de los párrafos 3.° y 4.° del artículo que estamos comentando revela la competencia que el Código atribuye á los Alcaldes, acaso con demasiada extensión, toda vez que si no ha sido tal la idea, traslúcese de otro modo sin duda por sobra de generalización y vaguedad.

Iníciase dicha competencia con el hecho de facultar á los Alcaldes para constituirse en depositarios de la cosa encontrada; manifiéstase luego por el poder que se les confiere para dar publicidad al hallazgo mediante anuncios ó por los medios que su iniciativa les sugiera, y finalmente, adquiere su total desarrollo por virtud del penúltimo párrafo del artículo que comentamos, cuyo párrafo otorga á los Alcaldes, pasados los dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, autoridad bastante para adjudicar la cosa encontrada ó su valor al que la hubiere hallado. Podrá no ser esto lo que los legisladores hayan pensado; pero dada la contextura del artículo, no se desprende otra cosa. Hay aquí algo que suena á juri-dicción y que ciertamente, más que caracteres administrativos, los tiene del orden judicial.

La adjudicación mediante subasta de aquellas cosas que no puedan conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, presupone prerrogativas que hacen ya surgir la duda; pero la adjudicación al inventor en plena propiedad de la cosa encontrada reviste tales tonos de atribución genuinamente judicial, que más que duda despierta el deseo de ejercitar el derecho de crítica.

Imaginemos un caso práctico para hacer resaltar mejor las

sombras y obscuridades por entre las cuales se va cerniendo ese procedimiento deficiente no desenvuelto por el Código ni en parte alguna, y sí sólo presentado en sus líneas ó bases cardinales.

A encuentra á la salida de un teatro, en el vestíbulo, por ejemplo, un alfiler de oro y perlas marcado con iniciales. Ha sido hasta ahora uso corriente, si el autor del hallazgo era persona honrada y de buena fe, el de consignar la cosa en las oficinas del teatro para que allí se la devolviesen á su dueño.

Desde que el Código civil ha sido promulgado rige, como es consiguiente, el art. 615, y aunque la ignorancia de la ley, no reconocida en el terreno positivo, pero demasiado sensible en el de la realidad, influye todavía lo suficiente para que el aludido artículo sea letra, si no muerta, paralítica, es lo cierto que nosotros presumimos un caso puramente legal. Admitamos, por tanto, que *A*, instruído del art. 615 y desconocedor del dueño de la joya, acude inmediatamente al Alcalde y la consigna en su poder.

Como quiera que si el propietario de la joya no pareciese, el autor del hallazgo adquiriría el dominio pleno de la misma, hay que garantizar de alguna manera la posibilidad de su futura reclamación. Y he aquí ya el primer trámite procesal, verdaderamente necesario, pero cuya omisión en una ley sustantiva está justificada, porque un Código civil no ha de descender á tales minuciosidades de naturaleza adjetiva.

El comentario abarca ambas fases, y á veces asciende hasta la fase constituyente. No nos estará vedado que, en seguimiento de lo que estimamos como un deber, vayamos escalonando preceptos que complementen bajo su aspecto procesal el artículo 615.

He aquí el precepto, en términos concretos, tal como nosotros lo redactaríamos:

«Hecha la consignación de la cosa encontrada, deberá proveer el Alcalde al inventor de un resguardo refrendado por el Secretario y visado por su autoridad, en cuyo resguardo se hará constar la fecha del encuentro y de la consignación; nombre y apellidos del autor del hallazgo; naturaleza del objeto (joya, moneda, vestido, pintura); substancia de que se halla compuesto (oro, plata, madera, marfil, pintura al óleo, á la acuarela); número y tamaño de las piedras preciosas, si las tuviere; valor

aproximado del objeto, y cualesquiera otras circunstancias de forma ó señal que contribuyan á su más perfecta identificación.

»El Alcalde procederá á dar publicidad al hallazgo fijando anuncios en el tablón de edictos de la Casa Consistorial, por espacio de dos domingos consecutivos, á contar del inmediato al día en que se hubiere efectuado la consignación. En aquellos lugares donde por la escasa cultura del vecindario ó por la exigua densidad de la población, se acostumbre el pregón de viva voz, se anunciará el hallazgo por medio de pregonero en los mismos días expresados.»

Obsérvase en algunos Códigos, y entre otros nos fijamos en el Código de Portugal, que en relación directa con el mayor valor de la cosa mueble perdida, están los medios de publicidad decretados oficialmente. Así, por ejemplo, si excediese de tres mil reis, se insertará una copia de los anuncios en la *Gaceta* de la Audiencia territorial correspondiente.

Según el Código mejicano, si el valor de la cosa no pasare de diez pesos, se fijarán avisos en los lugares públicos y se insertarán en los principales periódicos tres veces durante un mes. Si excediese de diez pesos y no llegase á cincuenta, cuatro veces durante dos meses. Si el valor fuese de cincuenta á cien pesos, seis veces en tres meses, y, por último, si pasase de cien pesos, ocho veces en el transcurso de medio año. Tiende este método á abreviar el término prescriptivo por efecto de la mayor popularización del hallazgo; pero como las ventajas que esto pudiera reportar son en rigor ficticias, porque por mucho que sea el celo oficial, ha de ser seguramente mayor el interés individual del perdidoso que quiere recuperar la cosa extraviada, y, como, por otra parte, la reducción del plazo para prescribir sólo se logra mediante gastos que refluyen en merma de la cosa, preferible es optar por la uniformidad de los medios de publicidad del hallazgo, sea cualesquiera su cuantía, según lo practican nuestro Código y el de Italia.

Prosigamos el desarrollo del mismo caso práctico que nos está sirviendo de centro alrededor del cual se va desenvolviendo el comentario. Han transcurrido los dos años prescritos en el penúltimo párrafo del art. 615. Se está en el caso de adjudicarle á *A* la cosa encontrada. El hecho material de la adjudicación no es, después de todo, sino la entrega de la cosa en plena propie-

dad. Mas, ahora bien: dando por supuesto que sea el Alcalde el funcionario llamado á adjudicar, ¿deberá limitarse á la mera tradición, sin ninguna formalidad documental por cuya virtud se hagan constar los hechos acaecidos, referentes al hallazgo y su consignación en poder de la autoridad municipal, los relativos á la publicidad por medio de anuncios, no reclamación del dueño, transcurso del plazo de dos años, disposición legal que autoriza la adjudicación, persona á quien se adjudica, comprobación de su personalidad? Opinamos negativamente. La transcendencia de la materia; la necesidad de encarrilarla, por lo que hace á su manifestación legal, en los trámites de un procedimiento que garantice el derecho de los sujetos interesados, requieren la formación de un breve expediente, aunque administrativo, por la índole del funcionario que interviene; judicial por la naturaleza de los actos, según demostraremos más adelante.

La vigencia del texto positivo hay que respetarla, siquiera nos ofrezca la jurisdicción administrativa del Alcalde entreverada con atribuciones y rasgos que no le son propios, y sentada esta tesis, creemos que la adjudicación de la cosa no reclamada por su dueño al autor del hallazgo debería hacerse mediante acta, en la cual, por vía de antecedente y justificación, se relacionaran los hechos que mas arriba quedan apuntados. Esta acta, ó bien podría extenderse y refrendarse por el Secretario del Ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde, ó, si no pareciesen propias estas intervenciones de funcionarios administrativos en negocios que, como á simple vista se descubren, tienen un matiz genuinamente civil, por ante Notario público.

Queremos, antes de pasar adelante, apuntar un recelo que nos sugiere el tenor literal excesivamente expedito del artículo que estudiamos. Dice éste que si la cosa no pudiere conservarse sin deterioros ó sin hacer gastos excesivos, se venderá en pública subasta luego que hubieren pasado ocho días..., etc. Ni más ni menos ¿Cómo habra de realizarse la subasta? Juzgando por el silencio del artículo, deberíamos responder que sin sujeción á tipo alguno, con tanto más motivo cuanto que así lo exige la misma rapidez con que habrá de procederse para impedir el deterioro completo, ó que los gastos absorban la totalidad del valor de la cosa. Si no se presentare postor, y el peligro del deterioro arreciare más, ¿podrá el Alcalde intentar de nuevo la venta

sin el requisito de la subasta? Respondemos negativamente. La libre puja es la garantía que se otorga al dueño ausente, y sobre todo, no se debe olvidar que la supresión de tipo fijo aleja la posibilidad y aun la conveniencia de todo otro medio que no sea el de la subasta pública.

Ciñéndonos rigorosamente en el ejemplo que hemos puesto á la normalidad más estricta, ha ido deslizándose nuestra investigación sin haber previsto contingencias probables que por su propia disonancia dejan asomar los perfiles de la duda.

Tócanos ahora buscar de propósito esas dificultades, y de conformidad con esta idea, supongamos, v. gr., que transcurrido un año desde que *A* consignó en poder del Alcalde el alfiler de oro y perlas marcado con iniciales que, según imaginamos, había encontrado en el vestíbulo de un teatro, se presenta *B* alegando la propiedad de dicho alfiler y reclamando su devolución. ¿Tendrá el Alcalde jurisdicción bastante para apreciar por sí mismo la prueba que sobre el dominio del alfiler realice *B*? ¿Podrá decidir de plano y sin escuchar á la otra parte interesada, ó sea al autor del hallazgo, que cuando menos ostenta en su favor, á más del hecho del encuentro y del derecho á ser remunerado, la expectativa fundadísima de prescribir el dominio de la cosa por el transcurso de dos años á contar del segundo anuncio? Y admitido que la jurisdicción administrativa del Alcalde tolerara por distensión semejantes atribuciones de un orden visiblemente judicial, y que por equidad se escuchara al autor del hallazgo en caso de reclamación, ¿podría resolver por sí sola dicha Autoridad si surgiere contienda, porque el inventor no se aquietase á la restitución, estimando indemostrado el dominio alegado por el reclamante?

He ahí tres problemas de indudable importancia. Para resolverlos, tal como nuestro criterio, ya algún tanto curtido en disputas jurídicas, nos dicta, debemos buscar ante todo un término esencial. Es éste el de la conformidad de los interesados.

Creemos que el Código ha querido que sea el Alcalde quien res[illegible]ya á su dueño la cosa perdida y encontrada. Asimismo pensa[illegible]s que cuando no apareciese el dueño, compete al expresado [illegible]cionario adjudicar el hallazgo á su autor. De no ser así, la ley [illegible]iera remitido de un modo expreso el conocimiento de los asun[illegible]de esta índole á la autoridad competente, bastando esta úl-

tima mención para que todos los llamados á interpretar el Código hubieren visto desde luego la alusión directa á la autoridad judicial.

Sí, pues, al Alcalde le incumbe restituir y adjudicar en sus respectivos casos, al Alcalde le corresponde apreciar, según conciencia, la demostración que de su derecho haga el que pretenda como dueño la restitución. Y hablamos de prueba, porque tratándose del ejercicio de un derecho que no es, después de todo, sino una reivindicación, es necesario que el que reivindique demuestre la propiedad y la identidad de la cosa reivindicada. Con esto dejamos contestada la primera pregunta. Examinemos la segunda. Si el hecho del hallazgo se nos ofreciere completamente aislado, como un momento fugaz del cual no derivase más que el derecho del dueño á ser restituído, ciertamente el problema no existiría, pero no bien el encuentro de la cosa tiene lugar cuando ya nace para el inventor la facultad de reclamar como premio una porción alícuota de la cosa ó de su precio. Y no es esto sólo: en lontananza se descubre una prescripción probable por el transcurso de dos años. ¿Es factible en buenos principios despreciar esta expectativa que acaso el día de mañana habrá de resolverse en la realidad viviente de un derecho dominical? Opinamos resueltamente en sentido negativo. ¿Qué menos puede hacerse en reconocimiento de esa fundada expectativa de derecho, que otorgarle al que legítimamente la ostente las atribuciones que van inherentes al concepto jurídico procesal de parte interesada? Se nos argüirá que al discurrir de esta manera no nos ceñimos á la interpretación rigorosa de la letra, y que muy bien el silencio del legislador ha podido ser intencional y con la mira de erigir en árbitro al Alcalde sin ulterior apelación de su fallo. No lo podemos creer. Cuando un derecho probable sobre una cosa puede ser destruído por un pronunciamiento legal en favor de otro derecho más eminente sobre esa misma cosa, es imprescindible escuchar á los dos interesados, porque si bien al reclamante le toca elevar la demostración hasta la plenitud, el inventor no se distanciará de sus facultades negando la eficacia ó el valor de la prueb
Siendo racionalmente posible esta flagrante divergencia, no p
drá menos de reconocerse que por mucha que sea la extensión
la prerrogativa jurisdiccional que para resolver estos casos c
cretos del hallazgo haya querido conceder el legislador á

Alcaldes, no puede alcanzar á destruir principios procesales inalterables y á consagrar sobre sus ruinas la virtualidad de una decisión pronunciada *ad libitum*. La consideración que precede deja entrever nuestra opinión sobre el segundo tema, y nos conduce derechamente al examen del tercero. La conformidad ó disconformidad de las partes interesadas es para nosotros el compás, digámoslo así, con el que debiera medirse la competencia del Alcalde para resolver.

Como quiera que la restitución no puede verificarse sin que el reclamante demuestre palmariamente la identidad de la cosas y su derecho de dominio, debemos admitir dos casos, los cuales, para su más gráfica expresión, los enunciaremos valiéndonos del mismo ejemplo que hasta ahora hemos venido empleando. *A* encuentra una joya y la consigna en poder del Alcalde *X*. Á los pocos días *B*, titulándose dueño, reclama en forma, pretendiendo que la alhaja le sea restituída. Para ello practica las pruebas que estima conducentes al logro de su propósito. Exhibido el expediente á *A*, niega valor á la probanza realizada por *B*, y en su consecuencia, pone en duda que éste sea el verdadero propietario de la joya. ¿Podrá decidir el Alcalde *X* por sí y ante sí la cuestión de dominio que implica un fallo favorable ó adverso? Respondemos negativamente. La oposición de *A*, autor del hallazgo, envuelve una discusión litigiosa entre *B* que trata de reivindicar su dominio sobre una cosa mueble perdida, y *A* que niega este dominio y apoya su carácter de contradictor en la posibilidad legal de prescribir la propiedad de la cosa por el hecho del hallazgo, juntamente con su buena fe demostrada por virtud de la consignación. Nuestros lectores afirmarán seguramente con nosotros que cuestiones de este linaje no son los Alcaldes los llamados á resolverlas, sino las Autoridades judiciales. Hé aquí por qué decimos que la conformidad ó disconformidad de las partes interesadas, es la linde divisoria de ambas jurisdicciones, la administrativa y la judicial, en punto á estos probables pugilatos sobre el hallazgo de las cosas muebles.

Cuando el autor del hallazgo no formule oposición, y el Alcalde, en uso de sus facultades y apreciando la prueba realizada por el reclamante, le reconozca como legítimo dueño de la cosa mueble extraviada, se reproduce, digámoslo así, aun cuando bajo forma distinta, el mismo caso que si el inventor conociere al

dueño propietario y privadamente procediere á restituir. ¿Acaso no son susceptibles de igualación, el conocimiento anterior y el adquirido posteriormente en virtud de una prueba con cuyas resultancias se manifiesta conformidad?

Del análisis de todas las probabilidades legales que el estudio del artículo nos ha permitido entrever, derívanse las siguientes reglas, cuyas fórmulas jurídicas se reducen á los términos que á continuación se expresan:

Primera. Para prescribir el dominio de una cosa mueble perdida y encontrada por una persona distinta de la que la extravió, se requiere el transcurso no interrumpido de dos años, con buena fe.

a) La buena fe en el caso de que se trata, se manifiesta mediante la concurrencia de dos requisitos, á saber: 1.° La consignación de la cosa en poder del Alcalde de la localidad donde el hallazgo hubiere tenido lugar. 2.° La ignorancia durante todo el término prescriptivo, del anterior poseedor de la cosa.

b) El término de dos años se empezará á contar desde el día siguiente al del segundo anuncio del hallazgo.

Segunda. Se interrumpe la prescripción: *a)* Por reclamación de la cosa, intentada ante la Autoridad competente por el que alegue sobre aquélla dominio ó posesión legítima. *b)* Por la realización de actos que acrediten que el autor del hallazgo no ignora quién es el sujeto paciente del extravío.

Tercera. Si intentada demanda de restitución por el presunto dueño ó poseedor, y dilucidada ante los Tribunales de justicia á virtud de la oposición del autor del hallazgo, fuese decidida ejecutivamente en contra de las pretensiones del primero, se entiende para todos los efectos que puedan recaer en beneficio del segundo, que no se ha interrumpido el lapso de dos años indispensable para prescribir positivamente.

Expuestas las reglas que anteceden, debemos asimismo manifestar que el examen minucioso del artículo revela por modo palmario su insuficiencia para resolver las dudas y vacilaciones á que la práctica habrá de dar lugar, mostrando variadísimos casos que por su propia sutilidad escapan á toda previsión y aunque el defecto no es de tan poca monta que no merezca ser tenido en cuenta en la revisión decenal del Código, siquiera para cegar la laguna y cerrar las compuertas del trastornador crite o

individual, aún es más sensible la inconcordancia que se descubre entre la naturaleza jurídica de la acción restitutoria juntamente con sus modos de ejercerse y consolidarse para producir efectos legales, y el ambiente inadecuado donde dicha acción tiene que desarrollarse, unas veces bajo la influencia de elementos procesales meramente gubernativos, y otras bajo la presión irresistible de la contienda litigiosa, judicial por su propia substancia.

El Código de Méjico muéstranos la conciliación armónica de ambos factores procesales, y es extraño que, existiendo ya un precedente científico como el aludido, haya optado el legislador patrio por copiar los artículos 715 al 717 inclusive del Código de Italia, sin parar mientes en su notoria deficiencia y en que ésta había de acrecentarse con la adaptación en nuestro Derecho de preceptos que, como los contenidos en el artículo objeto del comentario, carecen del debido complemento en la ley adjetiva.

Los artículos del Código mejicano á que hace un momento nos hemos referido, dicen así:

«*Art. 816.* Si durante los plazos designados en los artículos 810, 811, 812 y 813 (cuya duración está en armonía con el importe del hallazgo) se presentase alguno reclamando la cosa, la Autoridad política remitirá todos los datos del caso al Juez de primera instancia, ante quien el reclamante probará su acción con audiencia del Ministerio público.»

«*Art. 817.* Si el reclamante es declarado dueño, se le entregará la cosa ó su precio con deducción de los gastos.»

«*Art. 818.* Si el reclamante no es declarado dueño, ó si pasados los plazos citados en el art. 816 nadie reclama la propiedad de la cosa, ésta se venderá, dándose una cuarta parte al que la halló y destinándose las tres cuartas partes restantes al Establecimiento de Beneficencia que designe el Gobierno.»

No tendríamos reparo en recoger lo legislado por el Código de Méjico. Sin embargo, aceptando estos elementos que nos proporciona la legislación mejicana, coordinándolos con los factores aprovechables de nuestro derecho y añadiendo por propia cuenta algunas innovaciones, no en rendimiento á la originalidad, sino á conveniencia, obtendríase un conjunto de preceptos que, reducidos á la forma concreta del articulado, dirían del modo siguiente:

1.° El que encontrare una cosa mueble que no sea tesoro, tiene la obligación de restituírsela á su anterior poseedor. Si existiere duda respecto de si la cosa mueble fué perdida ó abandonada, se presumirá siempre el extravío.

2.° Si el anterior poseedor de la cosa fuese desconocido, deberá el autor del hallazgo consignar éste en poder del Juez municipal del lugar donde el encuentro se haya verificado.

a) Cuando el hallazgo se hubiere realizado en despoblado, será Juez competente para conocer el del Juzgado municipal á cuya circunscripción corresponda el término donde la cosa hubiere sido encontrada.

b) Cuando en una misma población existiesen más de dos Juzgados municipales, será Juez competente el del distrito donde se hubiere efectuado el hallazgo.

3.° En la diligencia de consignación se hará constar el nombre y apellidos del autor del hallazgo, su domicilio habitual, número y clase de la cédula personal, fecha del encuentro, naturaleza del objeto y substancia de que se halle compuesto, su valor aproximado y cualesquiera otras circunstancias de forma ó señales que contribuyan á la más perfecta identificación. De la expresada diligencia se librará un testimonio literal y se le entregará al autor del hallazgo para que le sirva de resguardo y pueda en lo sucesivo acreditar sus derechos.

4.° El Juez municipal ordenará que en el día inmediato al en que hubiere tenido lugar la consignación, se dé publicidad al hallazgo, á cuyo efecto se fijarán edictos en los sitios públicos de costumbre, y se oficiará al Alcalde para que por medio del pregonero en aquellas localidades donde existiese se haga público pregón por espacio de cuatro domingos consecutivos. Los edictos permanecerán expuestos por término de treinta días. Si el valor aproximado del hallazgo excediere de la suma de 250 pesetas, se insertará el traslado del edicto en el *Boletín Oficial* de la provincia.

5.° Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro de su substancia ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, podrá el Juez ordenar que en el término de ocho días á contar desde la fijación de los edictos, se saque á pública subasta sin sujeción á tipo. Á este efecto, en los mismos edictos se hará la convocatoria de subasta y se prevendrá la libertad de la postura.

a) Si la cosa mueble fuese de tal naturaleza que la demora del término de la subasta determinase su pérdida ó deterioro completo, podrá el Juez proceder *inmediatamente* á su venta en la misma forma que se prescribe en el párrafo anterior.

6.° Cuando el valor de las cosas muebles consignadas por título de hallazgo, ó cuando el producto de la subasta excediere de la cuantía reservada al conocimiento del Juez municipal, remitirá éste el expediente al Juez de primera instancia á quien competa seguir entendiendo. La remisión no tendrá lugar hasta tanto que haya transcurrido el término fijado en los edictos, lo cual se hará constar en el expediente mediante la debida diligencia. Se exceptúa el caso en que se hubiese presentado alguna persona reclamando la cosa mueble á título de dueño ó de poseedor legítimo.

7.° Pasado un año, á contar desde la expiración del plazo de treinta días marcado en los edictos, sin haberse entablado reclamación ninguna á la propiedad ó posesión legítima del hallazgo, se adjudicará en forma la cosa ó su valor al que la hubiere encontrado.

8.° Si durante el trancurso de un año, fijado por el artículo anterior para prescribir positivamente la propiedad de las cosas muebles encontradas, se presentase alguno reclamando su propiedad ó posesión legítima, deberá probar su acción ante el Juez de primera instancia que conozca del expediente.

La demanda de restitución se tramitará por el procedimiento del juicio declarativo; será parte legítima el autor del hallazgo, y el Juez, en vista de las alegaciones hechas por ambos interesados y de las pruebas practicadas, hará el oportuno pronunciamiento, bien reconociendo y declarando el dominio del reclamante, ó su mejor derecho á poseer la cosa, bien denegando la reclamación.

a) Si antes de transcurrir el término de los edictos se entablase la demanda restitutoria, el Juez municipal acto continuo, y sea cual fuere la cuantía del hallazgo, suspenderá el ejercicio de su jurisdicción respecto del asunto, y remitirá sin pérdida de tiempo el expediente al Juez de primera instancia, quien dará curso á la demanda.

) Para los efectos de la declaración judicial á que se refiere el

párrafo primero de este artículo, los trámites del juicio declarativo se reducirán á los de demanda, contestación, prueba, informe oral si se solicitare y sentencia. Asimismo se abreviarán los términos procesales, reduciéndolos á la mitad de los prescritos para el juicio ordinario de mayor cuantía, y se considerarán improrrogables.

9.° Tanto en el caso de que no se presentase el dueño ó legítimo poseedor del objeto perdido á reclamar su restitución en el plazo determinado por la ley, como en el de que ejecutoriamente se declarase no haber lugar á la demanda restitutoria, se adjudicará la cosa ó su valor á quien la hubiere encontrado.

10. Serán de cuenta del dueño ó del autor del hallazgo, en sus respectivos casos, los gastos que se hubiesen ocasionado.

***

Examinado ya en sus líneas generales el art. 616, tócanos ahora estudiarlo experimentalmente en aquellos casos en los cuales por la ingerencia de una legislación privativa, se produce, cuando no la duda, sí á lo menos la desconfianza. Antes, sin embargo, conviene esclarecer algunos extremos obscuros. Dice el susodicho artículo 616 que «Si se presentare á tiempo el *propietario*, estará obligado á abonar á título de premio al que hubiere hecho el hallazgo la décima parte *de la suma ó del precio de la cosa encontrada*».

Bajo el dictado de propietario, el Código no ha querido referirse exclusivamente á la misma persona que padeció el extravío, sino á la que ostente derechos dominicales sobre la cosa perdida. Así, por ejemplo, los herederos, los cesionarios, etc. Es también una derivación lógica del artículo la de que el premio ó remuneración del hallazgo sólo se devenga cuando la cosa perdida es una suma de dinero ó un objeto mueble, enajenable, y, por consiguiente, susceptible de producir un valor en cambio. Las mismas palabras con que se enuncia el precepto así lo demuestran: «*de la suma ó del precio.*»

El concepto de precio implica la posibilidad de enajenación Mas no basta que la cosa mueble pueda producir mediante su venta una suma metálica: es condición irreemplazable, segú

nuestro criterio, que la cosa mueble extraviada tenga un valor por sí misma y que este valor sea como substancia, y no como idea, entendiéndose que la idea rige á la substancia, y que, encarnada aquélla en ésta como forma viviente en el derecho, se prescinde de la materia, cosa accesoria, allí donde señorea la excelsitud del espíritu.

Acaso no hayamos sabido exponer nuestro pensamiento con claridad, y para que adquiera transparencia nos vamos á valer de dos sencillísimos ejemplos: *A* pierde una joya; *B* la encuentra. Como la joya tiene valor por sí misma, por su substancia de metal y piedras preciosas y se la puede asignar mediante justa tasación un precio, *A* deberá satisfacer á *B*, á título de premio ó remuneración, la parte alícuota determinada en el artículo que comentamos.

Otro ejemplo: *A*, autor dramático, extravía el manuscrito de su drama. Al nivel del manuscrito literario podemos colocar, v. gr., la partitura de una composición musical, los planos de cualquier proyecto de ingeniería, las fórmulas de un análisis matemático, etc.; todo lo que es idea pura, y por eso mismo logra su realidad física, encarnando en una materia apta, como el papel, la vitela, etc. ¿Tendrá *B*, autor del hallazgo, derecho á alguna remuneración? Ni el manuscrito literario, ni la partitura del músico, ni los planos del Ingeniero ó las fórmulas del matemático, pueden comprenderse dentro del concepto de *suma*, empleado por el artículo, por cuanto dicho vocablo se refiere, sin duda, á cantidad de dinero, sea amonedado ó sea en papel. Que la partitura ó los planos ó el manuscrito tienen un valor, y que la posibilidad de su venta no es un mito, es indiscutible. Pero, ¿quién tasa las obras del Ingeniero? ¿Quién reduce á cantidad cierta los cálculos y planos de un mecánico, que acaso representan un maravilloso invento? ¿Quién, contra la voluntad del pensador, convierte su idea, que es su propiedad, en centén de oro? Las ideas no tienen precio en el mercado, porque no existe para ellas unidad de valor. Consiguientemente, el art. 616, que habla de *suma* y de *precio*, es de imposible aplicación á casos como el que hemos imaginado. *B* no adquirirá derecho á remuneración alguna, sin que quepa objetar que la substancia por la cual se manifieste el pensamiento es susceptible de ser apreciada, porque la materia cede ante la idea, por lo mismo que con *reali-*

dad física no pueden existir una independiente y separada de la otra.

Pugnando, al parecer, con esta teoría, que en nuestro sentir se deriva del texto del art. 616, y tal vez con ánimo de enervar su eficacia, podría aducirse el caso de la pintura ó de la escultura.

La obra pictórica es, en rigor, expresión de una idea por medios esencialmente plásticos. Mas en la pintura señorea el procedimiento, domina el arte, y tanto por este predominio y exquisitez de la forma, en la que se cifra, juntamente con la bondad de la concepción, la belleza de la obra, cuanto por la plasticidad del medio y consiguiente universalidad de apreciación, desciende, por decirlo así, la producción pictórica, del cielo purísimo de las ideas, y se nos ofrece como un objeto mueble enajenable, y por lo tanto, reductible á un precio mediante justa tasación. Con las obras de pintura y escultura, consideradas bajo este aspecto meramente jurídico, norma de nuestros estudios, sucede algo semejante á lo que ocurre con los productos de la industria. ¿Quién no descubre en la mayoría de ellos elementos artísticos, expresión y desenvolvimiento de rasgos imaginativos tan dignos de aprecio como los que hayan dado margen á las obras pictóricas ó escultóricas? Y esto no obstante, caen bajo la férula del artículo 616.

No se trata, por tanto, de una contradicción de la teoría, sino de una justificación de la misma.

Esclarecido ya este tema de discusión, examinemos otro de los extremos dudosos. Por el modo especial con que aparece redactado el comienzo del art. 616 podrá recelarse si en todo caso es el *propietario* de la cosa extraviada el llamado á satisfacer de su dinero el premio del hallazgo. Imaginemos el siguiente supuesto: *A*, cobrador de un banquero, *B*, extravía 5.000 pesetas en billetes del Banco de España. *C* las encuentra, y conocedor de la pérdida, se las devuelve á su dueño. ¿Cuál de los dos responde á *C* de la remuneración debida á título de hallazgo? ¿*A* ó *B*? ¿El banquero propietario ó el cobrador? La respuesta es, á nuestro juicio, sencillísima: Responde el propietario *B*, que es en quien de un modo inmediato recae el beneficio de la restitución, pero tendrá derecho para repetir contra *A* por la suma á que ascienda el premio del hallazgo.

La razón de tal dictamen no es meramente jurídica: existen

dos motivos de mucho peso que constriñen á decidir en el sentido que lo hemos hecho.

1.° El de que si para casos como el del ejemplo se resolviera no haber lugar al percibo de la parte alícuota establecida á título de premio, se infringiría el art. 616, toda vez que éste procede, no en contemplación á la procedencia de la cosa perdida, sino al hecho del hallazgo pura y simplemente.

2.° Porque nada sería más fácil y sencillo que fingir insolvencia el sujeto paciente de la pérdida, atribuyendo la propiedad de la cosa extraviada á otra persona cualquiera; con lo cual vendría en último resultado á quedar burlada la aspiración del legislador, convirtiéndose el agradecimiento forzoso en meramente voluntario.

Quédanos sólo un particular nebuloso. El Código, previendo aquellos casos, seguramente los más frecuentes, de pérdida de objetos muebles, asigna al autor del hallazgo una parte alícuota del *precio* de la cosa encontrada. Todo precio presupone una estimación del valor del objeto; mas esta estimación puede realizarse por motivos de venta y con ocasión de esta misma, ó mediante tasación de perito con ánimo de determinar el justo valor de la cosa.

La estimación en venta, máxime cuando ésta es judicial, y por lo tanto en pública almoneda, suele llevar consigo un demérito en el precio.

Expuestos estos antecedentes, preguntamos: ¿A cuál de dichas dos categorías de precio se debe atender para fijar la cuantía de la remuneración? La respuesta no es tan expedita como pudiera creerse juzgando por impresiones de momento. Parece razonable decidir en pro de la estimación del valor mediante aprecio de perito, por cuanto de esta suerte puede el propietario cumplir con el deber de ser agradecido que le impone el art. 616, sin tener por ello que enajenar la cosa mueble recuperada. Pero sin embargo de que este criterio es el más jurídico, no nos atreveríamos á preconizarlo como norma invariable para todos los casos, por cuanto puede existir alguno respecto del cual sea lícita la divergencia en opiniones.

La previsión de esta hipótesis nos conduce á examinar otra de muchas fases del artículo.

Imaginemos que el propietario de la cosa restituída se negase

á satisfacer al inventor el premio del hallazgo. ¿Tendrá éste derecho para repetir contra la cosa y solicitar su venta en subasta pública? Y llegado este caso extremo, ¿cuál será la estimación que rija para determinar el importe del premio? ¿El aprecio de peritos ó el de la adjudicación en la subasta? Para responder á estas preguntas conviene distinguir. Parécenos, ante todo, inconcuso que si el propietario se niega á pagar, pueda compelérsele á ello mediante procedimientos judiciales de embargo y venta de bienes. Basta para justificarlo recordar que se trata de una obligación impuesta por el Código, según se desprende de las primeras palabras del art. 616: «Si se presentare á tiempo el propietario *estará obligado* á abonar á título de premio....» Mas ahora bien: al incoarse el apremio, pudieran encontrarse bienes metálicos con los cuales solventar la deuda.

Si tal sucediese, somos de parecer que se estimará como precio de la cosa mueble aquel que determine la apreciación pericial. Mas si el propietario careciere de metálico ó efectos públicos y fuese menester recurrir á la enajenación mediante subasta de la misma cosa mueble restituída, opinamos que se reputará precio el importe de adjudicación en la subasta. Y no se alegue que una sana lógica jurídica rechaza estas dualidades de criterio en la estimación del precio, porque el argumento carece de base sólida desde el instante en que la dualidad de criterio responda á la dualidad de procedimiento. Cuando el dueño satisface de buen grado el premio debido á título de hallazgo, ni existe venta, ni puede existir precio efectivo, material, tangible. Hay, por tanto que fingirlo para delimitar la cuota remuneratoria debida al inventor, y el medio de fingirlo es lisa y llanamente el de evaluar la cosa mediante estimación de peritos. Á la inversa, cuando se procede por embargo y venta, la realidad del precio es indiscutible, y á esta realidad hay que estar para atemperarse al espíritu y á la letra del art. 616 que nos sirve de tema fundamental en este ya extenso comentario.

Estudiemos ahora desde un punto de vista experimental algunos casos prácticos.

Hallazgo de un billete de la lotería.—Por muy graduada que ser la previsión de los legisladores, no puede descender á la enumeración de los múltiples casos que la realidad ofrece. Otra cosa tanto valdría como preconizar las excelencias del casuismo, y au

pretender vanamente que en el legislador concurrieran dotes de adivinación.

Decimos esto porque si bien el art. 616, al sancionar una remuneración para el que encontrando una cosa mueble la restituyese á su dueño ó la consignase en poder de la Autoridad pública, ha trazado las líneas generales de una regla merecedora de alabanza, no ha imaginado, ni por lo tanto resuelto, ciertos casos que, aun cuando bien mirados, no son más que variaciones del tema jurídico que sirve de contenido al artículo, despiertan por su propia cualidad el recelo y ponen en el pensamiento la duda de si les será aplicable en toda su extensión el principio general establecido por el Código civil en el artículo que comentamos.

Estas dudas y recelos carecen de razón de ser cuando la cosa mueble encontrada tiene un valor actual, fijo, siquiera esta fijeza dependa de las circunstancias que influyen en el valor de las cosas en los mercados, v. gr., una joya, un bolsón con monedas, una cartera con un billete de Banco; pero las desconfianzas se justifican cuando la cosa encontrada puede variar repentinamente de valor por la influencia del azar. Nuestros lectores ya presienten que nos referimos al caso en que el hallazgo sea, por ejemplo, de un billete de la lotería. El billete de lotería representa, antes de la extracción, un valor concreto y determinado, es á saber, su precio; pero además el poseedor del billete concentra sus esperanzas para lo futuro en el dominio y posesión de aquel resguardo que la Administración pública le ha entregado, mediante el pago de una cantidad. Hay por tanto una expectativa de próspera fortuna, hay una probabilidad de derechos. El azar, por obra de sus infinitas, y por lo mismo, inexplicables combinaciones, puede operar una transformación en el valor del billete, de tal suerte, que lo que antes de la extracción sólo valía como tres, valga luego como tres mil. Preséntanse dos momentos distintos, caracterizados por una diferencia cuantitativa considerable.

Aceptada la probabilidad del hecho, imaginemos que *A*, poseedor de un billete para una lotería cuya extracción no se haya verificado, lo extravía. Admitamos también que *B* encuentra dicho billete, y sin retenerlo en su posesión hasta que el sorteo se celebre, lo consigna inmediatamente en poder de la Autoridad que se menciona en el art. 615 del Código.

¿Tendrá derecho *A* á la parte proporcional que como remune-

ración del hallazgo determina el artículo que es objeto de nuestro análisis, atendido el valor del billete en el momento del hallazgo, ó será preciso tener en cuenta como término esencial aquel otro momento en que se resuelven y funden por virtud de la celebración del juego, en una realidad próspera ó adversa las expectativas ambicionadas por el jugador?

Juzgando sólo por las primeras impresiones, halaga y seduce por el barniz de equidad con que se encubre una solución á cuyo tenor el momento del hallazgo fuese el determinante de los derechos del inventor. Así en el ejemplo que hemos presentado, si *A* halló el billete ó billetes antes de celebrarse la extracción, sólo podrá optar á la décima ó vigésima parte de su precio, según éste exceda ó sea inferior de 2.000 pesetas. A la inversa: Si *A* encontró los billetes después de verificado el sorteo, y éstos hubiesen sido favorecidos con algún premio, tendrá derecho á reclamar la cuota proporcional que le corresponda atendido el importe de aquél.

Otro criterio para resolver la dificultad es el de derivar los derechos del autor del hallazgo, del instante en que hubiere planteado su reclamación el que haya perdido el billete.

Rechazamos las dos soluciones que quedan expuestas, porque tanto una como otra no derivan su raíz de un fundamento inquebrantable, sino de accidentes tan movedizos y fáciles de tergiversar como los relativos al momento del hallazgo.

Las reglas jurídicas deben, á ser posible, moldearse en la unidad resolutiva de un criterio racional. Su núcleo no puede quedar á merced de las fáciles alteraciones de la astucia, de la malicia ó del azar, y aun en aquellas situaciones en que este último condiciona estados legales, débesele subordinar en sus resultados á las influencias de un principio permanente.

Conspira contra estas enseñanzas la decisión enunciada en primer término.

No olvidando que dicha decisión tiene por nota característica la dualidad de resoluciones en armonía con la diversidad de los dos tiempos que admite, su crítica está hecha, porque nada más fácil, dado el caso práctico que estudiamos, que la persona que haya encontrado el billete le retenga en su poder, ocultando el momento del hallazgo, hasta que por la celebración del sorteo se despeje la incógnita. La contingencia de un beneficio mayor

puede generar el desprecio de un lucro menor, aun siendo aquél problemático y éste positivo. De aquí que no aceptemos el criterio aludido, que además de contribuir á que en la mente del tenedor del billete pueda surgir la mala fe, expone á que en la mayoría de los casos la resolución final que se adopte descanse, no sobre una realidad comprobada, ó por lo menos sobre un hecho exacto, sino sobre una ficción, sobre un dicho de difícil cuando no de imposible demostración.

Aún aceptamos menos la segunda de las soluciones enumeradas. Hacer depender el derecho del que realiza el hallazgo del instante en que formule su reclamación el que perdió el billete, pugna, en nuestro sentir, con toda noción de equidad.

Para rechazar semejante criterio, basta observar el pugilato de pretendidos derechos que en cada caso se producirían entre el autor del hallazgo y el que hubiere extraviado la fracción ó fracciones del billete lotérico.

Prosiguiendo el caso práctico que sirve como de núcleo á las actuales consideraciones. Si *A*, v. gr., encontró el billete después de la extracción favorecido con un premio, y *B* reclamó antes de que el sorteo se hubiere verificado, surgirá la siguiente disparidad. *A* pretendería, fundándose en la literalidad del artículo que comentamos, una cuota proporcional á la cuantía del premio; *B*, en cambio, opondría que habiendo formulado su reclamación mediante la publicidad de la pérdida, antes de celebrarse la lotería, el artículo quedaría cumplido abonando á *A* la porción alícuota correspondiente al precio del billete, pero no al importe del premio.

De aquí resulta en último término que los derechos del autor del hallazgo vendrían á depender, no de una regla inalterable y racionalmente fundamentada, sino de que el dueño del billete averiguara más ó menos pronto que su resguardo había padecido extravío. Y esto, como comprenderán nuestro lectores, es inadmisible.

Si el billete de lotería es, por decirlo así, el arquetipo de la eventualidad, toda vez que su nota distintiva y característica se cifra en que por virtud del azar se truequen en realidades las esperanzas acumuladas en el número sorteable; si lo eventual rechaza el cálculo á los límites de lo probable, cerrándole por completo las puertas de lo exacto, claro es que aquel que encuen-

tra casualmente un billete de la lotería, encuentra una eventualidad.

Ahora bien: esta eventualidad aparece limitada por un hecho futuro, realizado el cual, lo eventual se resuelve en una realidad, propicia ó adversa. En el primer caso, el billete se convierte, digámoslo así, en un signo representativo de valor; en el segundo caso, en un trozo de papel despreciable, sin significación ni valor de ninguna clase.

Definida la naturaleza del billete lotérico, es ya, á nuestro entender, sencillísimo resolver acertadamente el caso que constituye en estos momentos el tema del comentario.

Y la regla que condensa con exactitud nuestro pensamiento, puede expresarse en las siguientes palabras:

«*Los derechos del que hubiere encontrado un billete de la lotería se subordinarán á los resultados de la extracción.*»

Esto ha de entenderse siempre que el autor del hallazgo se conduzca de conformidad con lo prescrito por la ley, y consigne el billete en poder de la Autoridad legítima, designada por el Código, ó se le restituya á su dueño, si éste le fuere conocido; porque si retuviese en su poder el billete y tratase de cobrarle como cosa propia, creemos que perderá todo derecho á la cuota proporcional de la décima ó vigésima parte del importe del premio, según éste exceda ó sea inferior á la suma de 2.000 pesetas.

Un artículo de la Instrucción general de Loterías aprobada por S. M. por Real decreto de 25 de Febrero de 1893, el art. 11, declara que «los billetes de lotería son documentos al portador, por cuyo motivo no se reconoce como dueño de ellos más que á la persona que los presente, sin perjuicio del derecho de tercero, cuya declaración corresponde á los Tribunales ordinarios.» ¿Quiere este artículo de la Instrucción significar que por el mero hecho de poseer el billete se confiere la propiedad del mismo? En manera alguna, y así lo demuestra la reserva que se formula en beneficio de los derechos del dueño, siempre que los declaren los Tribunales ordinarios.

Aparte de que si interpretáramos, sin evitar el absurdo, el susodicho artículo plegándonos estrictamente á su defectuosa redacción, tendríamos que sancionar con el visto bueno de la legalidad más absoluta el acto del que, habiéndose encontrado un billete premiado, lo hiciese efectivo, y se apropiase y distrajese el

importe del premio. El hecho de ser el billete de lotería un documento al portador, no es suficiente para borrar las irregularidades de un modo adquisitivo vicioso. Es factible, por tanto, que se presente el caso práctico á que venimos refiriéndonos, y que haya necesidad de aplicar el art. 616 en la forma y con sujeción á la regla que acabamos de exponer.

a) En caso de hallazgo, ¿cuándo cesa el derecho del que perdió el billete al cobro del premio con que hubiera sido favorecido?

Otra duda se nos ocurre con respecto al billete lotérico.

Según el párrafo cuarto del art. 615, pasados dos años, á contar de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, ó su valor, al que la hubiere hallado.

Tal es la regla general. Sin embargo, la especialidad de determinadas materias y los preceptos categóricos de los Reglamentos administrativos, ofrecen cierta disconformidad, sobradamente manifiesta, para despertar la sospecha de si su influencia podrá generar la excepción, modificando el precepto generalísimo del derecho civil sustantivo.

A tenor del art. 22 de la Instrucción antes citada de 25 de Febrero de 1893, el derecho al cobro de premios caduca al año, contado desde el día en que se verifique el sorteo á que correspondan. Pasado este plazo—añade el precepto—el Tesoro queda libre de toda responsabilidad.

En términos jurídicos más exactos podríamos refundir la regla transcrita del siguiente modo: «El derecho al cobro de premios prescribe al año de celebrado el sorteo á que hubieron de corresponder los billetes premiados.»

No debe tampoco echarse en olvido que la presentación del billete es un requisito insustituíble para el cobro del premio, deduciéndose así, no tan sólo del precepto legal, que considera el billete de lotería como un documento al portador, y del art. 18 de la Instrucción, sino de una Real orden dictada en 19 de Enero de 1889, que expresamente reconoce y declara que para el pago de los premios es indispensable la presentación de los billetes sacados, que no pueden ser sustituídos de modo ni en caso alguno.

Dado el rigor inquebrantable del precepto administrativo del Reglamento de Loterías y la interpretación que ha merecido en

las esferas de la Hacienda pública, habremos necesariamente de admitir que en el caso de que se consigne un billete por el que lo encontró en poder de la autoridad designada por el art. 615, quedará ésta dispensada de guardar los términos legales en lo relativo al depósito de la cosa, y se impondrá la necesidad, en la hipótesis de que el billete obtuviese premio, de efectuar su cobranza y consignar el importe en la Caja de Depósitos hasta tanto que por la espiración del plazo de dos años se adjudique en plena propiedad al autor del hallazgo.

Con estos antecedentes podemos preguntarnos: El término de dos años, fijado por el art. 615 del Código civil como requisito insustituible para legitimar la adjudicación al que hubiere encontrado una cosa mueble, ¿rige también para el billete de lotería, ó se impone en este caso particularísimo el principio fiscal que sólo estima al billete como resguardo eficaz durante un año, y pasado este tiempo le despoja de todo valor, declarándolo caducado?

En términos más prácticos y más tangibles: si *A* encuentra un billete premiado y lo consigna en poder de la autoridad legítima, ésta lo hace efectivo y deposita el importe del premio en la Caja general ó en una Sucursal del Banco, y pasados, v. gr., diez y seis meses, *B* justifica plenamente que adquirió dicho billete y lo extravió, ¿tendrá *B* derecho al importe del premio hecha la deducción de la parte alícuota determinada por el artículo que estudiamos? La pregunta, en nuestro sentir, cuenta en su abono con la justificación más plena, porque, con efecto, la duda es muy legítima. ¿Regirá el derecho común, ó la ley especial, que en este caso sería la Instrucción de 25 de Febrero de 1893?

Siguiendo la derrota de un raciocinio inspirado por la más pura lógica, habremos de diputar como aceptable aquella solución por cuya virtud la ley especial prevalezca sobre el principio generalísimo del derecho sustantivo común. Y el por qué es obvio.

Si la ley fiscal considera que por el transcurso de un año sin la personación del interesado para hacer efectivos sus derechos hay motivo racional suficiente para deducir que los abandona en beneficio del Tesoro público, y por eso declara caducado el billete, convirtiéndolo en un documento inútil, ¿qué motivo fundado puede alegarse para que la negligencia que en un caso beneficie al Estado no beneficie al particular en analogía, ó, mejor dicho

en igualdad de circunstancias? El propósito de impedir la inestabilidad de los derechos, no será ciertamente, porque tan inestables y tan dignos de protección son los derechos del Estado como los del individuo.

Si el derecho al cobro prescribe al año, ¿por qué causa este término prescriptivo ha de duplicarse por virtud de una trasposición personal, cuando el que perdió el billete deja transcurrir un año á contar desde la publicación del segundo anuncio prevenido en el art. 615, sin formular ninguna reclamación? Y sin embargo, esa trasposición personal que convierte en tercero para con el Tesoro público al dueño del billete extraviado, es la que condiciona las reglas lógicas del raciocinio, por la imposición del precepto general sancionado por el Código civil.

La disposición que con carácter especial legisla respecto del pago por el Estado de los billetes favorecidos con premio en las extraciones de la Lotería Nacional, se localiza y restringe, digámoslo así, al derecho al cobro. Implica una relación cuyos términos son: de un lado, la entidad jurídica «*Tesoro público*»; de otro, el individuo *portador del billete*, y formando el contenido entre ambos sujetos de la relación jurídica, la facultad del portador para hacer efectivo su derecho y el deber ú obligación del Estado de resolverla mediante el pago.

La relación que acabamos de analizar y exponer se nos presenta condicionada por un término inalterable: es á saber, el lapso de un año. Ahora bien: dados los elementos de la precedente relación, ¿qué es sino un tercero, en el rigorismo técnico de esta palabra, aquel á quien, habiéndosele extraviado el billete, reclama el importe del premio mediante la demostración de su dominio una vez transcurridos los doce meses fijados por la ley administrativa?

Es ciertamente un tercero, no un portador del billete, y como en sentir nuestro, la Instrucción de Loterías alude concretamente al portador del billete y no al tercero que pretenda reivindicar su derecho, opinamos que en esta aparente pugna en que se nos ofrece la ley especial (Instrucción de Loterías) y la ley general (derecho civil común), habrá de prevalecer la primera, pese á los inarmónicos contrastes que puedan anotarse discurriendo por las vías de un raciocinio puramente de impresión.

Hallazgo de reses mostrencas.—En términos generales, llámanse

bienes mostrencos, al tenor de la definición que expone Escriche en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, los muebles ó semovientes que se encuentran perdidos ó abandonados sin saberse su dueño. Añade Escriche que se llaman *mostrencos* porque se deben mostrar ó poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlo.

Reses mostrencas serán, por lo tanto, aquellas que se encontraren perdidas ó desamparadas, desconociéndose su poseedor.

Por ley de la Novísima, *2.ª, tit. XXII, lib. X,* recopilada del *capítulo XIII* del Cuaderno de las penas de Cámara de D. Alfonso y D. Enrique III, aplicábase á la Real Cámara toda cosa que fuere hallada en qualquiera manera, mostrenca ó desamparada. Legislóse más adelante con un criterio expansivo y constitucional, si vale la expresión, y por la ley de 16 de Mayo de 1835 se declaró que correspondían al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación.

Los privilegios mesteños tuvieron también su eco en punto á los ganados mostrencos.

Aquellas poderosas asociaciones de serranos y riberiegos que formaron la Cabaña real por la incorporación de todas las cabañas particulares de ganados á virtud de ordenación de D. Enrique IV en Burgos, obtuvieron—y fincó en el Concejo de la Mesta, por costumbre que luego se trocó en ley—la propiedad de todas las reses mostrencas.

Ya en 1532, por una ley dada en Segovia por D. Carlos I y Doña Juana *(ley 4.ª, § 30, tit. XXVII, libro VII de la Novísima Recopilación),* se decía «que las Justicias ordinarias procederían contra todas y cualesquier personas y Concejos que apropiaren y tomaren para sí los ganados mesteños y mostrencos, por cuanto siempre han de quedar y fincar por el dicho Concejo de la Mesta á quien pertenecen....

En 1816, por la Instrucción de 25 de Junio para el Gobierno de los Alcaldes de Cuadrilla, se volvió á declarar que el valor de los ganados mostrencos eran bienes propios del Concejo, c aplicación á los gastos de la Cuadrilla, en el caso de estar en bezados con la renta de achaques y su arrendador.

Una Real orden de 31 de Enero de 1836 dispuso, para bor

sin duda con el cambio de nombre la amarga memoria de los privilegios de la Cabaña real, que el honrado Concejo de la Mesta trocase su denominación por la de Asociación de Ganaderos.

Por el Real decreto de 31 de Mayo de 1854 fué aprobado un Reglamento, mediante el cual se organizó dicha Asociación y se legalizaron sus medios de subsistencia con arreglo al nuevo orden administrativo.

Según se hace notar en el preámbulo del Real decreto de 3 de Marzo de 1877, en el de 31 de Marzo de 1854 hubo de transigirse con la tradición, tolerándose ciertas prácticas antiguas y prescindiendo de definir con exactitud la índole y caracteres de la Asociación, que venía á entroncar por línea derecha con el Concejo mesteño, dejando á la labor del tiempo y á los resultados de la experiencia fijar de un modo natural su extensión y sus límites.

Avivado el espíritu agrícola y sintiéndose la necesidad de regular por el Poder central del Estado las atribuciones no definidas de los asociados, en el año de 1877 y por el Real decreto citado de 3 de Marzo, se reorganizó la Asociación general de Ganaderos del Reino, definiéndose su objeto, su carácter eminentemente administrativo por versar sobre asuntos de interés público, estableciéndose su composición, en una palabra, separando lo constitutivo de lo reglamentario, y sancionándose con respecto á este último reglas y disposiciones concretas encaminadas á su régimen interior.

Por lo que atañe á nuestro objeto, haremos constar que por el artículo 20 del aludido Real decreto de organización se dispuso que «la Asociación general de Ganaderos contaría para sostenerse con el recurso de que habla el art. 6.°, *con el valor de las reses mostrencas,* con la cuarta parte de las multas impuestas á los ganaderos por infracciones de las leyes de Policía pecuaria y de las condenaciones por roturaciones y daños causados en las servidumbres pecuarias, por exacciones y agravios hechos á los ganados y á sus conductores y con el rendimiento de sus propias fincas.» Añadióse en dicho artículo que en equivalencia de estos ...dores, la Asociación podría celebrar conciertos con los pueblos.

El prurito de legislar es característico de nuestra Administra...n. Así es que en el año de 1892 y por Real decreto de 13 de ...gosto, con el propósito laudable de proteger las vías pecuarias ...o respetadas, cuando no roturadas por los terratenientes colin-

dantes, y de señalar penalidad clara y definida para los contraventores, se acometió de nuevo la reorganización de la Asociación de Ganaderos, legislándose, no sólo sobre los dos puntos concretos que motivaban la reforma, sino sobre la totalidad. Por consecuencia de esto volvió á repetirse, esta vez por el art. 6.°, que la Asociación cuenta para cubrir las atenciones de los servicios propios de su instituto, entre otros recursos, *con el valor de las reses mostrencas*.

Es, pues, inconcuso, siquiera la legislación vigente no lo exprese de un modo categórico, que las reses mostrencas pertenecen á la Asociación general de Ganaderos del Reino. No sólo se deduce así del art. 6.° del Reglamento de 13 de Agosto de 1892, en el mero hecho de considerar como uno de los recursos con que cuenta dicha Asociación para su subsistencia, el valor de las mencionadas reses, sino porque de tiempo inmemorial venía la costumbre adjudicando al Concejo mesteño en pleno dominio todos los ganados mostrencos, y es sabido por la excursión retrospectiva que hemos hecho, que los privilegios consuetudinarios lograron su sanción por diversas disposiciones legales que se han sucedido desde el siglo XVI hasta nuestros días.

Acabamos de ver que lo mismo por el Real decreto de 3 de Mayo de 1877 que por el de 13 de Agosto de 1892, el valor de las reses mostrencas se ha estimado como uno, sino el principal, de los recursos de la Asociación. Pero es el caso que entre el año de 1877 y el de 1892 ha tenido lugar en nuestro país uno de los acontecimientos legales de más capital transcendencia; es á saber, la promulgación del Código civil.

Cuando este Cuerpo legal comenzó á regir, suscitóse la duda de si por el precepto de los artículos 615 y 616, y por la cláusula final derogatoria, padecerían alteración y merma los derechos de la Asociación de Ganaderos, en punto á este privilegio de la apropiación de los ganados mostrencos. De un lado batallaba la ambigüedad é inderminación del Real decreto de Marzo de 1877 al atribuir á la Asociación el valor de las reses, pero no su dominio, y consiguientemente su libre disposición; de otro el artículo final del Novísimo derecho codificado en cuanto derogaba todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el Derecho civil común, *sólo en aquellas materias que no fuesen objeto del Código*. Y, sobre todo, el principio generalísimo de los artículos 61

y 616, referentes al hallazgo de todas las cosas muebles (entre las cuales quedan comprendidas las denominadas por el anterior tecnicismo legal semovientes), y á la bonificación ó premio que debe otorgarse al autor del hallazgo.

Para solventar todas estas dudas y disipar mediante una declaración emanada de los Poderes públicos los criterios contrapuestos que se mantenían, la Asociación de Ganaderos acudió al Ministerio de Fomento, y este Centro ministerial, por Real orden de 11 de Marzo de 1899 (*Gaceta* del 20 del propio mes) comunicada al Director general de Agricultura, Industria y Comercio, resolvió lo siguiente:

«Ilmo. Sr.: La Asociación general de Ganaderos del Reino ha acudido á este Ministerio manifestando que entre los recursos con que cuenta para su sostenimiento figura el valor de las reses mostrencas, y al reclamarlo á los Ayuntamientos que no tienen celebrado con ella los conciertos á que se refiere el art. 20 del Real decreto de 3 de Marzo de 1877, se oponen á reconocer el derecho de la Asociación para hacer estas reclamaciones, por considerar que se funda en acuerdos de la misma, los cuales son nulos ante lo dispuesto en los artículos 615 y 616 del Código civil.

»Si la Asociación no se apoyara en otros fundamentos más que en sus acuerdos para reclamar este recurso, es evidente que ante lo prescrito en los citados artículos, ninguna eficacia podrían tener sus reclamaciones; pero al promoverlas, no se trata de la ejecución de un simple acuerdo, sino del uso de un derecho que, fundado primeramente en la costumbre, y desde el siglo XV en diferentes leyes, cédulas y pragmáticas, confirmado además por sentencias ejecutorias, dictadas en juicios contradictorios, ejercitó el antiguo Concejo de la Mesta, y hoy corresponde á la Asociación de Ganaderos, naciendo de aquellas disposiciones la legitimidad de este derecho, y no de los acuerdos de la Corporación, ni de lo que dispone el Real decreto citado en su art. 20, en el cual solamente se enumeran los recursos con que cuenta para su sostenimiento la Asociación, y entre ellos, por ser uno de los ue legítimamente le pertenecen, el valor de las reses mos- ncas.

»Este derecho no lo anulan los artículos 615 y 616 del Código il, puesto que tanto á éstos como á los demás son aplicables disposiciones transitorias del mismo, en las que se prescribe

que las variaciones introducidas que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo, respetando así equitativamente, al pasar de la antigua á la moderna legislación, todos los derechos reconocidos, y confirmando, por consiguiente, á la Asociación en el que posee y en virtud del cual puede reclamar el valor mencionado.

»Por tanto, y teniendo además en cuenta la conveniencia de que no se mermen los recursos de que dispone la Asociación para llevar á cabo el importante objeto que la encomiendan las disposiciones por que se rige,

S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, se ha servido disponer que por los Gobernadores civiles se haga saber á los Ayuntamientos que no hayan celebrado con la Asociación los conciertos á que se refiere el art. 20 del Real decreto de 3 de Marzo de 1877, el deber en que están de no oponerse á la recaudación por parte de aquélla del recurso mencionado.»

Así se resolvió por el Ministerio de Fomento la cuestión propuesta á su fallo por la Asociación de Ganaderos.

Con posterioridad á la Real orden que dejamos transcrita, se publicó el Real decreto de 14 de Agosto de 1892, y por olvido ó intención preconcebida, que no hace al caso dilucidarlo, el hecho es que no se recogió la doctrina sentada por la Real orden, ni siquiera del modo indirecto que hubiera implicado una declaración categórica acerca del dominio de las reses mostrencas por la Asociación sucesora del honrado Concejo de la Mesta.

Tenemos, sin embargo, la evidencia de que, habiéndose pronunciado una decisión oficial mediante la aludida Real orden, habrá de prevalecer el error legal que por la misma se sanciona, no sólo porque la investidura con que los Centros directivos amparan sus resoluciones comunica á estas últimas, firmeza y solidez, sino porque parece prerrogativa del error oficial la de cristalizarse en las formas regulares, pero no por eso menos engañosas de la corrección y verdad jurídicas.

Si analizamos escrupulosamente la Real orden que en estos momentos atrae nuestra atención, á más del conocimiento de las infracciones legales padecidas, nos convenceremos de que s subsistencia arguye un privilegio de tal magnitud, que rep tiendo la frase de Jovellanos en el luminosísimo informe sobr

el expediente de ley Agraria, podríamos hoy decir que la Asociación general de Ganaderos del Reino, como su antecesor el honrado Concejo de la Mesta, sigue siendo siempre vigilante en la solicitud de privilegios y siempre bastante poderosa para obtenerlos y extenderlos.

Para sostener que los artículos 615 y 616 del Código son letra muerta respecto de la Asociación de Ganaderos, que después de todo y á pesar de su carácter genuínamente administrativo, no deja de ser una entidad jurídica, una persona moral sometida al derecho sustantivo común en todos aquellos fundamentales principios que informan la vida individual y la social, se ha llegado á argumentar que, como quiera que al tenor de las disposiciones transitorias del Código civil, las variaciones introducidas por este Cuerpo legal que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tienen efecto retroactivo, es inconcuso ó poco menos, que el respeto á los derechos reconocidos por las antiguas leyes, exige que los artículos 615 y 616, en cuanto pueden menoscabar dichos derechos, y con este menoscabo reducir los recursos de la Asociación, no rijan para con ella. Es decir, que en puridad lo que se mantiene es que el concepto de bienes mostrencos continúe siendo para la sucesora del Concejo mesteño el mismo que ha subsistido en el largo transcurso de siglos que constituyen el proceso vital de nuestra antigua legislación, y para las demás personas naturales y jurídicas distintas de la Asociación de Ganaderos aquel concepto que se deduce implícitamente del Derecho civil vigente y con especialidad de los artículos 615 y 616.

Para argumentar así, vale más no hablar de la irretroactividad de las leyes, sino de su inmutabilidad, mejor dicho, de su fosilización.

Podrá parecer nuestra tesis un tanto expeditiva, pero el convencimiento que de ella tenemos nos obliga á procurar su demostración.

Los puntos capitales á que hay que atender son dos, es á saber: El concepto actual de los bienes mostrencos; el concepto absoluto de la no retroacción de las leyes en cuanto condicionada por circunstancias de tiempo, beneficio individual, remisión de daños, restricción en lo adverso, se nos presenta en sus relatividades, ó en otros términos, en sus excepciones. Se justifica la

primera de las bases de discusión y crítica, porque la Real orden sancionadora del privilegio mesteño, deriva la validez y subsistencia actual de éste, no del ambiguo é incoloro art. 20 del Real decreto de 3 de Marzo de 1877, sino del derecho consuetudinario perdido allá en las brumas de lo inmemorial, y de las leyes, pragmáticas, cédulas, instrucciones y ejecutorias que lo confirmaron diferentes veces en la sucesión de los siglos. Asimismo se justifica el segundo de los puntos de discusión desde el instante que el privilegio se trata de presentar con los tonos de la legalidad, á guisa de derecho adquirido, y como tal, bajo el protectorado de la primera y más general de las disposiciones transitorias del Código civil.

Examinemos rápidamente el primer extremo.

El concepto de bienes mostrescos es, digámoslo así, de enlace ó asociación. Si bien es cierto que en términos estrictos no puede aplicarse á un bien mueble el calificativo de mostrenco, hasta tanto que quede vacante, ó lo que es lo mismo, hasta que toda relación de un dominio anterior sobre él desaparezca, no lo es menos que esta extinción, esta prescripción de un dominio anterior desconocido en su individualidad, ó no reclamado, arguye fatalmente un término prescriptivo.

Este plazo no es inmutable, sino que puede variar y varía de hecho al compás de las legislaciones. Así observamos, v. gr., que bajo el imperio de la *ley 4.ª, tít. XXII, libro X de la Novísima Recopilación,* aun aquellos mismos que habían para sí por privilegio lo mostrenco, estaban en la obligación de pregonar y hacer público el hallazgo en el ínterin de un año y dos meses, plazo dentro del cual, si el legítimo dueño se presentaba, debíasele restituir la cosa hallada.

El Código civil, al derogar esta ley de la Novísima, ha considerado excesivamente breve el plazo de un año y dos meses, y lo ha ampliado hasta dos años.

Si bajo el aspecto que examinamos el problema, es indiscutible que el concepto relativo de bienes mostrencos ha sufrido alteraciones, porque el factor del tiempo (integrante del elemento prescriptivo) ha sido objeto de una racional ampliación, ¿cómo puede la Real orden del Ministerio de Fomento, transcrita en este mismo comentario, desentenderse en absoluto de los artículos 615 y 616 sin incidir en grave pecado de contradicción? Porque si

hasta que pasen dos años, á contar desde la segunda publicación del hallazgo, no adquiere la cosa perdida la categoría de bien mostrenco, susceptible de adjudicación al inventor, es llano que la Asociación de Ganaderos tiene que someterse á esta regla del derecho vigente, tanto porque no es lícito diversificar los conceptos legales, ó mejor dicho, alterar la naturaleza jurídica de una determinada clase de bienes, según la diferente condición de los sujetos de derecho, cuanto porque el privilegio de la Asociación de Ganaderos no consiste en la invulnerabilidad de su legislación particular con mengua y ruina de todos los principios constituyentes, sino en la facultad de atraer á su dominio el importe de las reses mostrencas. La alteración del concepto de bienes mostrencos, siquiera sea por la de uno de sus elementos sustanciales, no está reñida en manera alguna con la subsistencia del privilegio, y puede éste prevalecer, aun cuando por la promulgación de nuevas leyes se alteren las condiciones del concepto antedicho.

Podemos sostener, en vista de los precedentes fundamentos, que la Asociación de Ganaderos tiene que subordinarse á los artículos 615 y 616 del Código civil, en cuanto por ellos se obtiene la determinación circunstancial del concepto de bienes mostrencos. Y en tal sentido, la Real orden del Ministerio de Fomento de 11 de Marzo de 1890 comete un error lastimosísimo al sostener poco menos que *ab irato*, la tesis filibustera, por decirlo así, de la emancipación de la Asociación de Ganaderos del poder y jurisdicción del Derecho civil común vigente.

El segundo de los aspectos bajo el cual cae en los dominios de la crítica jurídica la expeditiva Real orden á que nos venimos refiriendo, es el concerniente á la no retroactividad de las leyes, y como lógica consecuencia, al respeto á los derechos adquiridos, principio este último proclamado acaso con excesiva generalidad en el precepto primero de las disposiciones de derecho transitorio del Código. Conviene á este efecto advertir que la Real orden aludida fundamenta el principio con que favorece á la Asociación de Ganaderos en el razonamiento atractivo y deslumbrador á primera vista de que, no teniendo efecto retroactivo las variaciones introducidas por el Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, nada más natural, más razonable y más jurídico que la Asociación de Ganaderos, cuya asidencia legal se pierde en las obscuridades de los tiempos me-

dios, y cuyos derechos adquiridos pueden ostentar tan robusta y probada ejecutoria, conserve intacto su privilegio y continúe rigiéndose por sus antiguas leyes, vaciadas en el derecho consuetudinario, por aquello que decía el jurisconsulto Cuyas: *¿Quid lex? Consuetudo scripta.*

Considerada despacio la argumentación de la Real orden del Ministerio de Fomento, échase de ver que amalgama, ó mejor dicho, que funde en la equivalencia de dos conceptos jurídicos distintos la expresión de un concepto único. Para la Asociación de Ganaderos es lo mismo el principio justo de la no retroactividad, que el absurdo injusto de la no derogación de las leyes. Aceptando esta ruta, llegaríase, como antes hemos dicho, á la fosilización del derecho, y en aras de una arbitrariedad insostenible, acabaríamos por desechar toda tendencia evolutiva y de mejora. Las vinculaciones, mayorazgos, la preponderancia de las manos muertas, el mismo Concejo mesteño con sus odiados privilegios, todo ello subsistiría hoy con la misma extensión y con la misma fuerza que en los comienzos de siglo, tan sólo porque los derechos adquiridos, amparados con el escudo de la no retroacción, convertirían en letra muerta á las leyes promulgadas con posterioridad é inspiradas en más amplio y transigente espíritu. Una cosa es la facultad indisputable de la soberanía (ya radique en la colectividad ó en un solo individuo por emanación del poder divino) para legislar, y otra muy diversa los derechos adquiridos por una persona natural ó jurídica al amparo de una legislación determinada. Estos derechos adquiridos y no ejercitados, justo es que subsistan con la propia intensidad que les reconociera aquella ley, al calor de cuya vigencia nacieron; pero cuando dicha ley haya sido derogada, ¿á título de qué pueden alegarse los derechos adquiridos con respecto á hechos posteriores á la derogación?

Si la teoría de los derechos adquiridos tal como se sustenta en la Real orden del Ministerio de Fomento tuviera realidad positiva y no fuese una de tantas versiones erróneas como por descuido ó por falta de criterio se escriben, no digamos ya en las resoluciones de los Centros ministeriales, sino aun en muy pul- das sentencias de los Tribunales superiores, vendríamos á par á la deducción siguiente, que por sí sola es la crítica más acer y la más paladina probanza de la confusión de ideas en que, p complacer á la Asociación de Ganaderos, fiel guardadora de s

privilegios, ha caído el inspirador de la Real orden tantas veces citada. Hela aquí:

El derecho adquirido al amparo de una ley, implica la facultad de regirse por dicha ley perpetuamente, y no obstante que otra ley promulgada después, haya determinado su derogación.

Así, v. gr.: *A*, nacido bajo el régimen de las antiguas leyes, puede excusar el cumplimiento de los preceptos del Código civil.

¿Cabe mayor absurdo? ¿Y qué diremos de aquellas personas colectivas que por su carencia de corporalidad y por el hecho de determinarse en la vida jurídica mediante la representación de una persona natural, puede en cierto modo asegurarse que viven perpetuamente? Basta tener en cuenta los artificiosos extremos á donde nos conducirían estas deducciones para apreciar la magnitud de los errores padecidos.

De cuanto llevamos expuesto derívase que el problema se reduce y limita á los siguientes términos: ¿Los artículos 615 y 616 del Código civil son derogatorios de las leyes de la Novísima Recopilación, Reales Cédulas, Pragmáticas, Circulares y Sentencias confirmatorias, por las cuales se rigió el honrado Concejo de la Mesta y ha venido rigiéndose su sucesora la Asociación de Ganaderos? Si escuchamos la Real orden, observaremos que ni el artículo 20 del Real decreto de 3 de Marzo de 1877 ni los acuerdos de la Asociación significan nada enfrente de los artículos 615 y 616; pero en cambio, lo significan todo: 1.° Las diferentes leyes, cédulas y pragmáticas dictadas desde el siglo XV, en que el derecho consuetudinario relativo al Concejo mesteño se tradujo por resoluciones emanadas de la Autoridad real. Y 2.° El principio de que los derechos adquiridos carecen de efecto retroactivo. De semejantes afirmaciones sólo se obtiene el convencimiento de que, lejos de esclarecerse el problema, se obscurece, toda vez que la Real orden gira en derredor de un círculo vicioso, irreductible, á las normas de una buena lógica jurídica.

En nuestro sentir, la Asociación de Ganaderos tiene su legislación propia, que se inicia, es verdad, en plenos siglos medios, y presenta sus últimas evoluciones en el Real decreto de 13 de gosto de 1892. Trátase de una legislación especial, privativa de l Asociación de Ganaderos, de un conjunto de preceptos legales ue forma parte de nuestro derecho civil; al modo que también l constituyen como verdaderos agregados esas otras leyes de

Propiedad intelectual, de Minas, de Caza, de Pesca, que, siendo civiles por su substancia, se nos ofrecen tintadas de cierto color administrativo. En este sentido, nada tendría de extraño que prevaleciese la regla interpretativa, á cuyo tenor las leyes especiales subsisten al lado de las generales; como quiera que, siendo las primeras como satélites de las segundas, tienen, sin embargo, su propia órbita de acción. Y con tanto más motivo podríamos sostener lo dicho, cuanto que, según el contexto de la cláusula derogatoria final del Código civil, la derogación solamente alcanza á aquellos cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho civil *en aquellas materias que no hayan sido objeto del Código.*

En nuestra opinión, por estas sendas debió caminar la Real orden del Ministerio de Fomento, y es inconcuso que, si en lugar de entrometerse por las intrincadas lobregueces de los «*derechos adquiridos*», hubiera avanzado á la descubierta sosteniendo la vigencia de la legislación particular y privativa de la Asociación de Ganaderos, acaso, lejos de encerrarse, como lo ha hecho, en un criterio restricto y erróneo, habría conciliado la vetustez de su privilegio con la compatible innovación introducida por los artículos 615 y 616 que estamos comentando.

Acabamos de exponer la idea de que, si bien subsiste el privilegio de la Asociación de Ganaderos para atraer á su dominio el valor y consiguientemente la pertenencia de las reses mostrencas, este anacronismo legal, este derecho dominical, eminente y gratuito es compatible con lo dispuesto por los artículos 615 y 616 del Código civil.

Con efecto: lo que sucede por virtud del privilegio de que nos estamos ocupando es que la personalidad indefinida y oculta del que fué dueño de la res mostrenca es sustituída en lo tocante á la relación de dominio con la cosa, por la personalidad definida y legítima de la Asociación de Ganaderos. Hay una verdadera subrogación del sujeto.

Con respecto al autor del hallazgo, el caso es idéntico al en que hubiese parecido el propietario de la res extraviada. Y siendo esto así, ¿qué motivo puede existir para que, tratándose de reses mostrencas, no adquiera el que las hubiere hallado el premio de hallazgo, ó sea la porción alícuota del valor de la res, sin perjuicio del dominio eminente de la Asociación de Ganaderos? Según

nuestro parecer, en la expresada combinación de derechos radica el enlace y armonía entre las leyes singulares por las cuales se rige la Asociación, y los principios de carácter general proclamados en punto al hallazgo por el art. 616 del Código. Además, con la adopción de la base propuesta y con el reconocimiento de los derechos del autor del hallazgo, no solamente no padecerían menoscabo los privilegios de la Asociación sobre las reses mostrencas, sino que se evitaría una excepción injustificada mantenida para favorecer la integridad de una regalía civil, que únicamente por serlo mereciera ser abolida, no obstante la conveniencia que como razón suprema proclama el Ministerio de Fomento, de que no se mermen los recursos de que dispone la Asociación para llevar á cabo el importante objeto que la encomiendan las disposiciones por que se rige.

Hallazgo en los ferrocarriles.

Suele ocurrir con frecuencia, dadas las precipitaciones con que de ordinario se procede en los viajes, el quedar olvidados en los coches del ferrocarril ó salas de espera, algunos objetos de los que se llevan á mano. Previendo esto, el Reglamento para la ejecución de la ley de Policía de los Caminos de hierro, dictado en 8 de Septiembre de 1878, establece en su art. 181 que los objetos olvidados por los viajeros en los coches y salas de espera, es decir, en todos aquellos puntos á donde debe alcanzar la inspección y vigilancia de las Empresas ferroviarias, así como los que hubieren caído en la vía al paso de los trenes, y todos aquellos cuyo dueño remitente ó consignatario se ignore, se conservarán en depósito, llevándose de todos ellos un registro especial con expresión del día y lugar en que fueren hallados y sus principales señas.

En lo relativo al procedimiento que deberá seguirse para la publicidad del hallazgo y consiguiente resultado de la pesquisa del dueño del objeto perdido, no puede haber dificultad, porque el mismo art. 181 del Reglamento lo establece en su párrafo 2.° Se publicará por tres veces en el *Boletín Oficial* de la provincia el anuncio correspondiente, y si transcurrido un año nadie se presentase á reclamar los objetos extraviados, se sacarán á pública subasta y su producto se aplicará á los Establecimientos de Beneficencia, después de deducir para la Empresa los gastos de custodia y almacenaje.

Hé aquí otra excepción justificada del art. 615 del Código civil, por cuanto la legislación de Ferrocarriles reviste un carácter eminentemente administrativo y se desenvuelve en una esfera que, si bien en la gravitación de la vida económica y jurídica del Estado, mantiene conexiones con otros órdenes, tales como el propiamente civil, no por eso deja de ser independiente. Sin embargo, algunas ligeras dudas se nos ocurren, y vamos á presentarlas y resolverlas con toda brevedad.

Si un viajero encontrare en un coche del ferrocarril, en una de las salas de espera de las estaciones ó en el mismo piso del andén un objeto olvidado, que muy bien puede consistir, por ejemplo, en una cartera de viaje con valores metálicos ó del Banco, ó en una caja con joyas, ¿á qué preceptos deberá atenerse? ¿Al Reglamento para la Policía de Ferrocarriles, ó al art. 615 del Código civil? Y en todo caso, aun cuando en el acto apareciese el dueño de la cosa perdida, ¿tendrá el viajero derecho á la retribución proporcional fijada por el art. 616?

No nos atrevemos á formular una respuesta categórica, porque sería presuntuoso aseverar con el carácter de solución lo que sólo es un parecer. El precepto del art. 615 del Código civil es cierto que no distingue. «El que encontrare una cosa mueble que no sea tesoro, dice, debe restituirla á su anterior poseedor, y si éste no le fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiere verificado el hallazgo»; pero si nuestra hipótesis es la de que el hallazgo haya tenido lugar en locales sometidos á la inspección y vigilancia de la Compañía, ¿no parece lo lógico que el autor del hallazgo lo deposite en poder del Jefe de la Estación, exigiendo un resguardo ó recibo que le sirva de garantía? La realidad de las cosas impondría esta solución si, en nuestro sentir, no la aconsejara la concordante aplicación de las disposiciones legales. ¿No sería punto menos que imposible la pesquisa para averiguar el paradero de una cosa extraviada en un coche del ferrocarril ó en una sala de espera de una estación, si el viajero que la hubiere hallado, no pudiendo por razón de las premuras del viaje depositarla en poder del Alcalde del pueblo donde el hallazgo hubiere tenido lugar, la depositare, v. gr., en la Alcaldía del punto de su destino? Seguramente. Por estos motivos, la solución que hemos propuesto, figúrasenos la más aceptable.

La segunda duda que puede suscitarse es la de si el autor de un hallazgo verificado en las condiciones del caso que acabamos de exponer, podrá alegar derecho al premio proporcional establecido en el art. 616. Porque como quiera que el art. 181 del Reglamento para la ejecución de la ley de Policía de Ferrocarriles, da al valor de los objetos perdidos y no reclamados un destino puramente benéfico, después de detraer los gastos de custodia y almacenaje, es legítima la sospecha de si el importe de la bonificación por el hallazgo deberá mermar los ingresos de la Beneficencia, en la hipótesis de que el dueño de la cosa no la hubiere reclamado. El caso mantiene muy graduadas analogías con el que hemos estudiado respecto de las reses mostrencas, y por lo mismo debe prevalecer el principio en consideración al cual hubimos de resolver las incertidumbres de aquel problema.

Cuando pareciere el dueño de la cosa extraviada, es, en nuestro sentir, indiscutible el derecho del autor del hallazgo para reclamar y hacer suya la porción alícuota que en concepto de premio proporcional á la cuantía de lo encontrado prescribe el artículo 616. La circunstancia accidental del lugar donde el hallazgo acaeciere no puede influir ni por ningún concepto generar una alteración tan profunda como la que supondría eliminar el derecho otorgado por el art. 616 de la relación jurídica creada por el hecho del hallazgo. Bien está que por razón del lugar se determine, digámoslo así, la competencia de la Compañía de los Ferrocarriles para conservar en depósito y á la disposición de sus dueños las cosas perdidas en los locales ó el material circulante sometido á su régimen y gobierno, pero esto no es obstáculo á que se respete un derecho consagrado por el Código con un carácter de generalidad indiscutible.

La bonificación en premio al hallazgo es el efecto legal necesario de una causa. Existiendo esta causa, sean cualesquiera los accidentes de tiempo, lugar, jurisdicción, privilegio que la modifiquen, el efecto debe producirse, como se produce la sombra cuando hay un cuerpo y una luz proyectada oblicuamente. ¿Constituiría una traba al percibo proporcional de la cuota correspondiente, v. gr., el hallazgo casual de un tesoro por un obrero, siendo este obrero realizase el descubrimiento en un inmueble perteneciente á una Empresa ferroviaria? Pues téngase en cuenta que la idea que informa el art. 616 del Código en punto al pre-

mio del hallazgo deriva de un mismo tronco y guarda próximo parentesco con el principio á cuyo tenor el descubridor casual de un tesoro tiene derecho á la mitad exacta de lo descubierto ó de su valor, si fuesen objetos interesantes para las Ciencias ó las Artes, y el Estado llamase á su dominio eminente, por virtud de este retracto científico, el objeto precioso desenterrado.

Mayores justificaciones podría tener el recelo y la desconfianza acerca de una solución exacta en el supuesto de que, no pareciendo el dueño de la cosa perdida y encontrada en una sala de espera ó en un vagón del ferrocarril por un viajero ú otra persona no dependiente de la Empresa ó Compañía, se tratase de subastarla para aplicar su importe á los Establecimientos benéficos, hecha la deducción de los gastos de custodia y almacenaje. La dificultad es más aparente que positiva, porque si bien el interés social que presupone la mayor utilidad y lucro de los Establecimientos benéficos, pudiera alegarse enfrente del interés puramente individual del autor del hallazgo, no hay que olvidar que el mismo Reglamento para la ejecución de la ley de Policía de ferrocarriles consagra este interés otorgando á las Empresas, sin consideración á la mengua que puedan padecer las Casas de Beneficencia, la detracción del capital de la subasta, de los gastos de almacenaje y custodia. También existe un interés colectivo ó social en la conservación por el Estado de algún objeto arqueológico interesante á las Ciencias ó á las Artes, y, sin embargo, el Estado, aun cuando ejercita un derecho de retracto y llama á su dominio el objeto precioso descubierto, respeta los derechos del descubridor, ó lo que es lo mismo, reconoce el interés individual y abona el justo precio del tesoro. Pero prescindiendo de estas razones de índole más bien moral que legal, cuando la ley de Policía de ferrocarriles encamina los fondos resultantes de la subasta de los objetos perdidos y no reclamados á las arcas de los Establecimientos benéficos, procede en orden á haberse verificado por ministerio legal, y en agravio al desamparo y abandono del dueño de la cosa, una verdadera subrogación de derechos.

La personalidad del dueño, indeterminada y sin contornos, se desvanece y en su lugar surge otra personalidad, definida, concreta: la de los Establecimientos benéficos, mediante sus representantes legítimos.

Se trata, pues, de un privilegio, de una nueva regalía de carácter civil, inspirada, como otras muchas, en un criterio de sociabilidad. Y como quiera que el valor de las cosas extraviadas no queda vacante y sin dueño conocido, á la disposición del primero que lo ocupe, ni por un momento, es lógico, dentro del criterio que profesamos, que equiparemos ambos casos, á saber, el de que apareciese el dueño de la cosa perdida y el de que no apareciese, y en su consecuencia, que resolvamos la duda por la misma regla, reconociendo que el autor del hallazgo tiene siempre derecho, á título de premio, á la cuota proporcional asignada por el art. 616.

Del hallazgo á tenor de la ley de aguas.—La ley de aguas vigente de 13 de Junio de 1879 establece en su art. 48 que cualquier persona puede recoger y salvar los animales, maderas, frutos, muebles y otros productos de la industria arrebatados por la corriente de las aguas públicas ó sumergidos en ellas. Impone el mismo art. 48 á los que hubieren llevado á cabo la recogida ó el salvamento la obligación de presentar las cosas recogidas ó salvadas á la autoridad local.

Dicha autoridad prevendrá el depósito ó la venta en pública subasta cuando la conservación no fuese posible. Se anunciará en seguida el hallazgo en el mismo pueblo y limítrofes superiores, y si dentro de seis meses hubiese reclamación por parte del dueño, se le entregará el objeto ó su precio, previo abono de los gastos de conservación y del derecho de salvamento, cuyo derecho consistirá en un 10 por 100. Transcurrido aquel plazo sin haber reclamado el dueño, perderá éste su derecho y se devolverá todo á quien lo salvó, previo abono de los gastos de conservación. El artículo añade en un inciso que lo dispuesto no tendrá lugar desde el momento en que el dueño de los objetos provea á su salvamento.

El art. 51 de la misma ley de aguas de que nos estamos ocupando provee previsoramente á la resolución de un caso que, sin ser de hallazgo propiamente dicho, mantiene algunas conexiones con dicho concepto. Es, por decirlo así, un cuasi hallazgo.

«Los objetos sumergidos en los cauces públicos siguen perteneciendo á sus dueños; pero si en el término de un año no los exijesen serán de las personas que verifiquen la extracción, previo permiso de la autoridad local. Si los objetos sumergidos ofre-

ciesen obstáculo á las corrientes ó á la viabilidad se concederá por la autoridad un término prudente á los dueños, transcurrido el cual sin que hagan uso de su derecho, se procederá á la extracción como de cosa abandonada. El dueño de objetos sumergidos en aguas de propiedad particular solicitará del dueño de éstas el permiso para extraerlos, y en el caso de que éste lo negase, concederá el permiso la autoridad local, previa fianza de daños y perjuicios.»

Tanto estos casos previstos por la ley de aguas, como los referentes á las reses mostrencas y á los objetos encontrados en los locales fijos ó móviles de las Compañías ferroviarias, constituyen verdaderas excepciones del precepto contenido en los artículos 615 y 616. Inspiradas todas ellas en la mira de consolidar legítimas expectativas al dominio de los bienes que se presumen abandonados; graduadas las circunstancias del hallazgo y compensada con la publicidad de este último la disminución del plazo para prescribir, bien puede decirse que por la concurrencia de los principios de la ley general y de diversas leyes especiales, se ha formado una escala prescriptiva, digámoslo así, una verdadera gradación que, comenzando por la regla general establecida en el art. 1.955, va descendiendo por los plazos de dos años, un año y seis meses establecidos respectivamente en el art. 615 del Código, en el art. 181 del Reglamento para la ejecución de la ley de Policía de ferrocarriles y en el art. 48 de la ley de aguas de 13 de Junio de 1879.

Hallazgo de un documento de giro.

a) Letra de cambio.

b) Cheques y libranzas.

El contenido de este apartado se resume en la siguiente pregunta:

El que encontrare una letra de cambio, ó cheque ó libranza, ¿adquiere algún derecho sobre el valor del documento de giro, según la escala proporcional á la cuantía del hallazgo, establecida en el art. 616?

Decimos con relación á estos casos lo mismo que hemos expresado con respecto al billete lotérico. El Código civil, ó había de incurrir en un casuismo impropio de la sobriedad que se requiere en los Cuerpos legales modernos, ó necesariamente tenía que limitarse á sancionar un precepto de índole amplísima.

El Código de Comercio ya prevé la posibilidad de la pérdida de una letra de cambio.

Ante todo digamos que, según el art. 495, las letras aceptadas se pagarán precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación.

Si se pagare sobre alguno de los otros, quedará el que lo hubiere hecho responsable del valor de la letra al tercero que fuese portador legítimo de la aceptación.

Añade el art. 496 que el aceptante no podrá ser compelido al pago, aun cuando el portador del ejemplar distinto del de la aceptación se comprometa á dar fianza á satisfacción de aquél; pero en este caso el portador podrá pedir el depósito y formular el protesto en los términos que establece el art. 498.

Expone dicho art. 498 que el que hubiere perdido una letra aceptada ó no, y el que tuviere en su poder una primera aceptada á disposición de la segunda y careciere de otro ejemplar para solicitar el pago, podrá requerir al pagador para que deposite el importe de la letra en el Establecimiento público destinado á este objeto, ó en persona de mutua confianza, ó designada por el Juez ó Tribunal en caso de discordia, y si el obligado al pago se negare al depósito, se hará constar la resistencia por medio de protesto igual al procedente por falta de pago, y con este documento conservará el reclamante sus derechos contra los que sean responsables á las resultas de la letra.

Con respecto á los mandatos de pago llamados cheques, previene el art. 540 del Código mercantil que no podrán expedirse duplicados de los mandatos de pago sin haber anulado previamente los originales, después de vencidos y obtenido la conformidad del librado.

Como antecedente para resolver con acierto la pregunta, es oportuno recordar que, según el art. 444, la letra de cambio deberá contener para que surta efecto en juicio, entre otros requisitos, el nombre y apellido, razón social ó título de aquel á cuya orden se mande hacer el pago; el nombre y apellido, razón social ó título de la persona ó Compañía de quien se recibe el importe de la letra, ó á cuya cuenta se carga, y el nombre, apellido, razón social ó título de la persona ó Compañía á cuyo cargo se libre, así como también su domicilio.

Cuando una letra de cambio se endosa, el endoso debe conte-

ner, á tenor de lo prevenido por el art. 461, el nombre y apellido, razón social ó título de la persona ó Compañía á quien se transmite la letra; el nombre y apellido, razón social ó título de la persona de quien se recibe, ó á cuenta de quien se carga si no fuese la misma á quien se traspasa la letra.

El art. 535 previene que el mandato de pago llamado cheque debe expresar el nombre y la firma del librador, nombre del librado, y si es al portador, á favor de persona determinada ó á la orden.

De lo expuesto se desprende que la pérdida de un documento de giro, á más de ser fácilmente remediable, coloca al autor del hallazgo en condiciones de restituir inmediatamente el documento de giro á su legítimo poseedor, puesto que su nombre y apellido si es una persona natural, razón social ó título si es una persona colectiva, constan en la letra ó en el cheque, salvo si en este último caso fuese al portador, siquiera siempre aparezcan los nombres del librador y del librado.

La letra y el cheque limitan la relación de derecho á tres personas: á un librador, á un librado y á un portador; porque si bien este último puede ser sustituído mediante la transmisión de la letra por endoso, esto en rigor es un nuevo contrato independiente, cuya finalidad se contrae á la eliminación de uno ó más poseedores sucesivos por un poseedor actual; es á saber, por esa tercera persona de que hemos hablado hace un momento. Atendidas estas condiciones de los documentos de giro, la letra de cambio, el cheque y la libranza, aun cuando representan la equivalencia contractual de un valor determinado de antemano, no son un signo común, una equivalencia real con valor independiente y por sí mismos. Acaso se arguya que el billete de Banco también es una equivalencia monetaria, y, sin embargo, carece por sí propio de valor. En rigor no puede concedérsele á esta réplica ni la calidad de objeción. El billete de Banco, lo mismo que la moneda, son, por decirlo así, universales. El cheque y la letra de cambio son singulares, á menos que el legislador universalizara el cheque facilitando su circulación hasta equipararla con la del billete de Banco, según observa Estasen, para que dicho documento de giro pudiera llenar los fines económicos que le son propios. Pero aunque este ideal del autor antes citado encarnase en un precepto sustantivo, habría sus dudas, porque la univer

salización del cheque sólo sería respecto del billete de Banco en punto á su facilidad circulatoria.

Precisamente en estas notas diferenciales basamos la solución de la pregunta; mas como pudiera resultar obscuro nuestro pensamiento, trataremos de esclarecerlo. La moneda y el billete de Banco implican la posibilidad inmediata y sin trabas de un valor en cambio. En poder de cualquiera persona, siempre es la moneda ó el billete un medio apto para proporcionar utilidad, por cuanto no puede negarse que son el instrumento inmediato por el cual se logra la prestación de un servicio remunerado ó la adquisición de un bien que se halle en el comercio de los hombres. La letra de cambio y el cheque son un instrumento mediato, y para que reporten una utilidad inmediata, un valor actual en cambio, necesitan resolverse en dinero, en moneda, sea metálica ó en papel. Los documentos de giro son verdaderas órdenes ó mandatos de pago, como quiera que representan en la vida legal un contrato perfecto. La letra y el cheque no consituyen, pues, en poder de cualquiera persona un medio apto para la consecución inmediata de una utilidad, por cuanto sólo tienen un valor mediato, susceptible de resolverse en ese signo común de todos los valores que se denomina moneda, á favor de la intervención y relación jurídica de las tres personalidades esenciales que en todo giro intervienen, aun en el mismo cheque.

De aquí se deduce que el que encuentra monedas, billetes, joyas, etc., realiza un verdadero hallazgo; al paso que el que halla documentos de giro no encuentra nada, comprobando nuestra afirmación el hecho patentizado con la cita de disposiciones legales de que el documento de giro puede ser reemplazado por otro si se extravía, al paso que lo perdido por el extravío de joyas, monedas, billetes y, en general, de todo lo que tenga por su propia substancia un valor, no puede ser substituído integralmente si no es por la recuperación del dinero, joya ú objeto extraviado.

El artículo que comentamos dice relación al hallazgo de objetos que, no siendo tesoros, tienen sin embargo un valor más ó menos crecido por sí mismos, por su substancia. Así lo comprueba el art. 616 al expresar que si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar á titulo de premio al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte *de la suma* ó del *precio de la cosa encontrada*.

Cuanto hemos aducido condúcenos á contestar en sentido negativo la pregunta propuesta al ingreso del apartado y á formular la siguiente conclusión que compendia nuestro dictamen sobre el particular:

«El que encontrare una letra de cambio, cheque ó libranza no adquiere derecho alguno sobre el valor del documento de giro, al tenor de la escala proporcional á la cuantía del hallazgo, establecida en el art. 616.»

Hallazgo de un resguardo ó libreta de la Caja de Ahorros.

Equiparamos en absoluto este caso al que le precede, por cuanto, á más de ser la libreta de la Caja de Ahorros un resguardo substituible por otro en caso de pérdida, debe estar extendida á nombre del imponente, según se desprende del art. 30 de los Estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de 13 de Julio de 1880.

Con la enumeración y estudio de los diferentes casos que preceden creemos haber conseguido fijar el genuíno sentido del artículo.

Trátase, en nuestro sentir, de verdaderas excepciones del artículo 616, y aun podríamos decir que del 615, y de la regla general que determina los requisitos para prescribir con sujeción al derecho común. Pero si fuéramos á ir rebuscando todas las excepciones que se hallan desperdigadas por diferentes leyes administrativas, sería punto menos que inacabable la labor.

Nuestros lectores habrán observado seguramente como una muestra del cantonalismo que reina en nuestra copiosa y confusa legislación, que si se extravía una cosa mueble en un término municipal cualquiera, poblado ó despoblado, rige para su recuperación el término de dos años. Si son las aguas las que la arrebatan y va la cosa flotando por un cauce público, entonces, á más de la angustia de la calamidad, se agrega la perentoriedad del término para reclamar; si el objeto se pierde en los ferrocarriles, otro plazo diferente; si una persona sufre la pérdida de un billete lotérico, habrá de subordinar su actividad para la busca al tiempo fijado para la caducidad del premio, si es que no quiere exponerse á incertidumbres por la necesaria inconcordancia de nuestras leyes. Qué más: hasta para los que buscan su inspiración en la copia y estudio de los maestros clásicos de la pintura y acuden al Museo Nacional hay un precepto privativo que moldea en

las conveniencias de la conservaduría del Museo, la consiguiente excepción al principio de que las cosas muebles se prescriben por la posesión continuada de tres años con buena fe. Este precepto es el art. 25 del Reglamento del Museo Nacional de Pintura y Escultura, que dice así: «Los copiantes no podrán reclamar los enseres de que hace mérito el artículo anterior (caballetes, sillas, hules, etc.), como tampoco los lienzos, copias y estudios que existan en el Establecimiento, y que, por descuido, olvido, enfermedad y ausencias, no sean recogidos en el término de un año, á contar desde el día que hayan dejado (los copiantes) de asistir al Museo.»

Y con lo expuesto, basado todo ello en un método puramente expérimental, por requerirlo así el temperamento del artículo, y con la confianza de haber disipado las dudas que obscurecían su recta inteligencia, damos por terminado el comentario.

ART. 617. Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.

Concordancias.—Igual al art. 614 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—En cuanto se trata de un artículo de mera referencia á determinadas leyes especiales que continúan rigiendo, carece de precedentes concretos.

COMENTARIO.—Trátase de un artículo marítimo, si se nos permite la expresión, por cuanto su contenido se limita á los objetos arrojados al mar, á los que las olas depositen en la playa, y, finalmente, á las plantas y hierbas que crezcan en la orilla. Trátase además de un artículo de mera referencia á determinadas leyes particulares. Así es que, en rigor, más bien que comentar debemos exponer, presentando en ordenado conjunto las disposiciones que se relacionan con la materia que nos ocupa, y que

se encuentran desparramadas por diferentes leyes de orden administrativo y comercial.

Parecía natural que siendo el objeto del art. 617 el concordar por vía de referencia la mención de determinados principios con las leyes de índole particular donde éstos se desenvuelven, hubiese el legislador patrio procedido por cuenta propia. No ha sido así, y el art. 617 no es más que una transcripción literal del 719 del Código italiano. No es, por tanto, de extrañar que el engranaje no resulte todo lo ajustado que debiera ser. Nuestra ley de Puertos, la vulgarmente llamada ley de Mostrencos; las mismas Ordenanzas vigentes de Aduanas prevén la echazón, legislan minuciosamente sobre el naufragio, proclaman el precepto sustancial de pertenecerle al Estado cuanto la mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido; ocupándose del aprovechamiento del mar litoral y de sus playas, reconocen el uso público de éstas, autorizando para recoger hierbas, conchas y mariscos; pero no descienden á definir derechos concretos sobre los objetos arrojados al mar. Un objeto puede ser lanzado voluntariamente al mar, y como cosa abandonada pertenecer al primer ocupante, salvo si el mar lo echare á la orilla, porque entonces se sobrepondría el dominio eminente del Estado. Un objeto puede ser recogido en mar libre, ya proceda de echazón ó de naufragio, y ni por el Código civil ni por ley ninguna de índole privada podrá el Estado atribuirse derecho sobre la propiedad de dichas cosas abandonadas por causa de fuerza mayor. Sin embargo, la echazón presupone el haber arrojado parte del cargamento al mar. Compréndese después de estas breves consideraciones, por qué las leyes especiales á que por modo tan directo alude el artículo 617, se ciñen á consignar el dominio eminente del Estado sobre todo lo que el mar arroje *á la orilla,* y no tenga dueño conocido.

Estas mismas leyes especiales también se ocupan de los objetos arrojados al mar, en cuanto estos actos de lanzamiento implican avería, naufragio, salvamento de efectos, etc., pero, como antes hemos dicho, no definen derechos en el sentido propiamente fundamental y sustantivo que sólo al Código civil compete. Éste es el que, en vez de mendigar apoyos de otras leyes particulares, debiera consignar los principios que rigen en cuanto los buques náufragos, á la recuperación de su cargamento,

aquellos objetos que las olas arrojan á la playa, y, finalmente, al aprovechamiento del mar litoral y de sus playas. Sentados estos principios, el Código civil habría cumplido la misión que le incumbe como ley sustantiva por excelencia, y las leyes especiales vendrían á complementar la general, desenvolviendo las bases proclamadas por aquélla.

En los Códigos extranjeros nótase esta misma diversidad. Francia, Italia, Portugal y Méjico confían á leyes especiales ó al Código mercantil todo lo relativo á buques náufragos, al cargamento de éstos y á cualquier objeto de dominio particular que el mar arroje á la orilla. Guatemala y Chile adoptan un criterio distinto, y en su seguimiento establecen: 1.° Que por invención ó hallazgo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior. 2.° Que no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para aligerar la nave. 3.° Que si naufragare algún buque en las costas de la República, ó si el mar arrojase á ellas los fragmentos de un buque ó efectos pertenecientes, según las apariencias, al aparejo ó carga, las personas que lo vean ó sepan denunciarán el hecho á la autoridad competente, asegurando, entre tanto, los efectos que sea posible salvar, para restituirlos á quien de derecho corresponda. 4.° Que los que se apropiaren dichos efectos quedarán sujetos á la acción de perjuicios y á la pena de hurto. Y 5.° Que las especies náufragas que se salvaren serán restituídas por la autoridad á los interesados, mediante el pago de las expensas.

Si ahora, después de las consideraciones que preceden sobre la pertinencia y filiación del art. 617, repasamos nuestras antiguas leyes en ligerísima excursión retrospectiva, observaremos que la ley de Partidas, acomodándose á las leyes romanas, comienza en *la 3.ª del tít. XXVIII de la Part. 3.ª*, por considerar como cosas que *comunalmente pertenecen á todas las criaturas que biuen en este mundo*, además del aire y del agua de lluvia, *el mar e su ribera*. En consonancia con esta noción jurídica, que es la misma que la *le la Instituta justiniánea (1.°, tit. I, lib. II)* y la expresada en el Digesto... hállase construída la ley 4.ª, en la cual se dice: «*En ribera de la mar todo ome puede fazer casa* o cabaña, a que se coja cada que quisiere, e puede fazer otro edificio qualquier de

que se aprouecbe de manera que por el non se embargue el vso comunal de la gente, e puede labrar en la ribera galeas e otros nauios qualesquier, enxugar y redes e fazerlas de nueuo si quisiere: e en quanto y labrare o estuuiere non lo deue otro ninguno embargar, que non pueda vsar, e aprouecharse de todas estas cosas, o otras semejantes dellas, en la manera que sobredicho es; e todo aquel lugar es llamado ribera de la mar, quanto se cubre el agua della quanto mas crece, en todo el año, quier en tiempo del invierno o del verano.»

La *ley 5.ª* del mismo título y Partida, y concerniente también á la materia que estudiamos, dice así:

«Oro o aljofar, e piedras preciosas, fallan los omes en la arena que esta en la ribera de la mar. E por ende dezimos que todo ome que fallare y alguna destas cosas sobredichas, e la tomare primeramente, que deue ser suya. Ca pues non es en los bienes de ningund ome lo que en tal lugar es fallado, guisada cosa es e derecha que sea de aquel que primeramente la fallare ó la tomare, e que otro ninguno non gela pueda contrallar nin embargar.»

Con respecto al abandono de las cosas en la mar por razón de naufragio, ya en el Fuero Real encontramos la *ley 1.ª del título XXV, lib. IV*, en la que se establece una doctrina capital en lo tocante á la propiedad de los navíos perdidos y las cosas que de éstos se lanzan por alivio, ó de las que se perdieren por cualquier guisa.

Si nave ó galea, dice la mencionada ley, ó otro navio qualquier peligrare o quebrare, mandamos quel navio e todas las cosas que en el andaban, sean de aquellas cuyas eran antes que el navio quebrase: e ninguno no sea osado de tomar ninguna cosa dellas sin mandado de sus dueños, fueras si las tomare para guardar, e darlas a sus dueños; y ante que las tome en esta guisa llame al Alcalde del lugar si lo haber pudiere y otros buenos, y escribanlas e guárdenlas todas por escripto e por cuenta, e de otra guisa no sean osados de las tomar; é quien de otra manera las tomare, péchelas como de furto: eso mismo sea de las cosas que fueren echadas del navio para aliviar, ó cayeren é se perdieren por alguna guisa.

La *ley 7.ª, tit. IX de la Partida 5.ª* nos ofrece otro antecedente histórico legal de suma importancia, y que vamos á trasladar íntegramente ya que por la falta de un precedente concreto aparece

esta sección de nuestro comentario desamparada de toda ascendencia legal.

Miedo de muerte, dice esta ley de Partidas, mueue á los mercaderes é á los otros omes á echar sus mercaderías en la mar quando han tormenta con intencion de aliuiar las naues porque puedan estorcer de peligro, é por ende tenemos por bien, é mandamos que todas las cosas que assi fuessen echadas, que quien quier que las falle, que sea tenudo de las dar á aquellos cuyas fueren ó á sus herederos. Esso mismo dezimos que deue ser guardado si acaesciere que la naue se quebrantasse por tormenta, ó de otra manera: que todo quanto pudiere ser fallado della, ó de las cosas que eran en ella; o quier que lo fallassen que deue ser de aquellos que lo perdieron: e defendemos que ningund ome non gelo pueda embargar, que lo non ayan: maguer ouiesse priuillejo o costumbre vsada que tales cosas como estas que aportassen á algun puerto suyo: o que fuessen falladas cerca de algun castillo, ó en ribera de la mar, que deuen ser suyas nin por otra razon que ser pueda; ca non tenemos por derecho que las cosas que los omes pierden por ocasion de tal mal andança que las pueda ninguno tomar por costumbre, nin por priuilegio que aya: fueras ende si tales cosas fuessen de los enemigos del Rey, o del Reyno; ca estonce quien quier que las falle deuen ser suyas.

Finalmente, por una ley dada por Doña Isabel y D. Fernando en Toledo, que *es la 3.ª, tít. VIII, libro IX de la Novísima Recopilación,* se decretó la prohibición de exigir en los puertos de los Reinos de Castilla y León y del Andalucía, precio alguno de los navíos que naufragaren, disponiendo que todo lo que en ellos viniere, quedare y fincase para sus dueños, y no les fuese tomado ni ocupado por persona alguna so color de dicho precio, bajo la imposición de ciertas penas pecuniarias que en la misma ley se especifican.

Entremos ya en la exposición de las leyes vigentes.

Objetos arrojados por el mar á las playas litorales.

Expresa la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 en su art. 5.º
1- base fundamental, verdadero núcleo de la teoría jurídica que conoce por encima del dominio del primer ocupante, el dominio ninente del Estado.

Ya no puede decirse con la ley del Rey Sabio... *Ca pues non es los bienes de ningund ome lo que en ta lugar (ribera del mar) es fa-*

llado, guisada cosa es e derecha que sea de aquel que primeramente la fallare e la tomare. Ahora hay que repetir con el susodicho artículo 5.º:

«Pertenece al Estado todo lo que el mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido. La Hacienda pública se incautará de ello previo inventario y justiprecio, quedando responsable á las reclamaciones de tercero y al pago de los derechos y recompensas de hallazgo y salvamento con arreglo á lo prescrito en las leyes y reglamentos.»

La misma doctrina puede verse consignada en la ley de 16 de Mayo de 1835, ordinariamente llamada de bienes mostrencos. Expone el art. 1.º en su tercer párrafo que corresponde al Estado lo que la mar arrojare á las playas, sea ó no procedente de buques que hubiesen naufragado cuando resulte no tener dueño conocido, exceptuándose de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que las leyes vigentes en el tiempo en que la ley de mostrencos se promulgó concedían al primer ocupante.

En consonancia con las leyes citadas se nos ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1867, según la cual corresponden al Estado los objetos que la mar arrojase á las playas, sean ó no procedentes de buques que hubieren naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido, y si fijados edictos para que reclamen dichos efectos pasaren los tres meses que designa el art. 13 de la Ordenanza de matrículas, comprendida en *la ley 10, tít. VII, libro VI de la Novísima Recopilación,* sin que nadie se presentare á reclamarlos, el Comandante de Marina debe remitir al subdelegado de bienes mostrencos copia de las diligencias practicadas y el inventario de los efectos salvados, poniéndolos desde luego á su disposición con reserva de los gastos y con las formalidades convenientes para su mutuo resguardo. Así dice la sentencia. Sin embargo, conviene advertir que por el artículo 17 de la ley de 16 de Mayo de 1835 se reservan á la atribución y conocimiento de la jurisdicción real ordinaria todos los juicios que versen sobre materia mostrenca, debiéndose entablar las oportunas acciones ante el Juez del partido donde se hallaren los bienes que se reclamen. Y lo corrobora la sentencia de 7 de Febrero de 1862, á cuyo tenor, transcurrido el término prefijado en la Ordenanza de matrículas para que los que se crean con derecho á reclamar los objetos arrojados por el mar ó

salvados de un naufragio, lo efectúen, sin que se haya presentado nadie á verificar la reclamación, quedan dichos objetos á disposición de los Jueces de primera instancia con arreglo á lo dispuesto en el art. 13 de dicha Ordenanza y el 17 de la ley de 9 de Mayo de 1835.

Uso y aprovechamiento del mar litoral y de sus playas.

Rige con respecto á este particular el art. 12 de la vigente ley de Puertos. El libre uso del mar litoral, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para navegar, pescar, embarcar y desembarcar, fondear y otros actos semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulan. En el mismo caso se encuentra el uso público de las playas que autoriza á todos con iguales restricciones para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, varar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganados y recoger conchas, *plantas* y mariscos.

Condicionan en cierto modo este público disfrute, y por eso hacemos mención de ello, la existencia de las zonas marítimo y marítimo-terrestre, la concesión en ellas de determinados aprovechamientos y la vigilancia que por razón del impuesto de Aduanas se ejerce en las playas. No es esto aseverar una restricción legal del principio que proclama el libre uso de las playas del litoral, antes bien es afirmarlo.

Llámase zona marítimo-terrestre al espacio de las costas ó fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo en donde las mareas son sensibles, y las mayores olas en los temporales allí donde no sean sensibles las mareas.

Llámase zona marítima el mar litoral que ciñe las costas ó fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por el derecho internacional, con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demás abrigos utilizables para la pesca y la navegación. En esta zona dispone y arregla el Estado la vigilancia y los aprovechamientos, así como el derecho de asilo é inmunidad, conforme todo á las leyes y á los tratados internacionales.

Respecto de los aprovechamientos otorgados con carácter individual, conviene tener en cuenta los siguientes artículos de la mencionada ley de Puertos:

Art. 38. En ningún punto de las costas, playas, puertos y esembocaduras de los ríos, ni en las islas formadas en las zonas

marítimas, se podrán ejecutar obras nuevas, de cualquier especie que fueren, ni construirse edificio alguno sin la competente autorización.

El permiso para levantar barracas ó construcciones estacionales con destino á baños de carácter temporal, se concederá por los Gobernadores en las capitales marítimas, y en los demás pueblos por los Alcaldes, de acuerdo con la Autoridad de Marina cuando dichas construcciones hayan de hacerse fuera del puerto, y de acuerdo con dicha Autoridad de Marina y el Ingeniero Jefe cuando sea en el interior del puerto. (Art. 39.)

Los permisos para establecer otros servicios ó aprovechamientos de carácter temporal dentro de la zona marítimo-terrestre de dominio nacional y uso público, se concederán por los Comandantes de Marina de las provincias, siempre que no perjudiquen al aprovechamiento común á que esa zona está destinada, y de acuerdo con los Gobernadores é Ingenieros Jefes de Obras públicas, cuando estas concesiones puedan afectar á otros servicios dependientes de Fomento. (Art. 40.)

Estos permisos cesarán siempre que lo exija la mejor vigilancia y servicio de las playas, la policía urbana ó rural, ó la concesión del terreno para otras empresas de mayor utilidad y cuantía, previo expediente instruído con audiencia del interesado ante la Autoridad que haya concedido el permiso. En tales casos los dueños de las construcciones temporales sólo dispondrán libremente de los materiales empleados, sin derecho á indemnización. (Artículo 41.)

Cuando las construcciones y aprovechamientos de que tratan los artículos anteriores sean de carácter permanente, se otorgará la autorización por el Ministerio de Fomento oyendo al de Marina. (Art. 42.)

Las obras de defensa en las costas para proteger del embate de las olas las heredades ó edificios particulares, aun cuando sean permanentes, se autorizarán por el Gobernador de la provincia, previos los dictámenes de la Autoridad de Marina y del Ingeniero Jefe de Obras públicas. (Art. 43.)

Corresponde al Ministerio de Fomento otorgar la autorización oyendo á las Autoridades de Marina para construir dentro de la mar ó en las playas y terrenos contiguos y en los puertos y con destino al servicio particular ó público, muelles, embarcaderos,

astilleros, diques flotantes, varaderos y demás obras análogas complementarias ó auxiliares de las que existan para el servicio de un puerto. Estas autorizaciones no constituirán monopolio, y podrán, por lo tanto, otorgarse varias para obras de la misma especie en un mismo puerto, playa ó trozo de costa, siempre que con ellas no sufra menoscabo el servicio público. (Art. 44.)

Corresponde igualmente al Ministerio de Fomento, oyendo también á las Autoridades de Marina, otorgar la autorización para formar salinas, fábricas y otros establecimientos que en todo ó en parte ocupen terrenos de dominio público ó con destino al servicio particular. (Art. 45.)

Corresponde al Ministerio de Marina la concesión de toda clase de pesquerías, almadrabas, corrales, parques para la cría y propagación de mariscos, con arreglo á su Ordenanza y Reglamentos vigentes, y que se dicten en lo sucesivo. (Art. 46.)

Todas estas concesiones y aprovechamientos que la ley de Puertos establece en beneficio de la iniciativa individual, condicionan en cierta manera el libre uso y disfrute de las playas litorales.

Algo parecido acontece con respecto á las aguas públicas, por cuanto, en vez de dejarlas discurrir libremente por sus cauces en rendimiento puritano á la integridad de un principio legal, se armoniza su disfrute con el interés de las industrias. Por esto mismo la ley de Puertos autoriza la concesión temporal y aun permanente de las playas, bien para la implantación de industrias, bien para la obtención de ciertos aprovechamientos, bien para la construcción de obras defensivas.

Cierto que esto refluye de momento en menoscabo del precepto general del art. 12 de la ya citada ley de Puertos, pero aparte de que en último término la implantación de dichas industrias cede en beneficio colectivo, cabe decir lo mismo que la Comisión que redactó la notable exposición de motivos de la ley de Aguas de 1866.

«El aprovechamiento es un derecho limitado, sujeto á las condiciones impuestas por quien lo concede, y no autoriza para abu-ır, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. l aprovechamiento es el uso á que por la misma naturaleza se llan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas for-as que el Poder público juzga indispensables para evitar con-

flictos y para que á todos alcance ese uso cuando es posible, y cuando no, á aquellos que puedan obtener de él ó proporcionar al público mayores ventajas.»

Por último: «El que durante veinte años hubiere disfrutado de un aprovechamiento del dominio público para industrias marítimas sin oposición de la autoridad ni de tercero, continuará disfrutándolo, aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización, entendiéndose este derecho mientras la clase de industria ó aplicación del espacio ocupado no hayan sufrido variaciones ni alteraciones en los veinte años referidos, y habiendo de caducar en caso contrario, á menos que no se obtenga autorización como para una obra nueva en la forma prescrita en esta ley.» (Art. 60.)

En lo tocante á la zona de vigilancia por razón del impuesto de Aduanas, baste decir que ésta, según prescribe el art. 41 de las Ordenanzas vigentes de 19 de Noviembre de 1884, abarca toda la extensión de las aguas jurisdiccionales españolas, ó sea una longitud de seis millas, equivalente á 11,111 kilómetros desde la costa.

Objetos arrojados al mar.—Echazón.—Naufragio.

Como precepto de relación complementario del generalísimo artículo 617, podíamos adaptar en este lugar las palabras del artículo 428 del Código lusitano. *Todo lo que sea relativo á buques náufragos y á su carga, se regulará por las disposiciones contenidas en el Código mercantil y en las leyes administrativas.* ¿Puede dudarse de que la materia legal referente á buques náufragos y á su cargamento se halla comprendida en los vagos conceptos del artículo que relacionamos?

No ciertamente. Por eso nuestro trabajo en esta ocasión ha de limitarse á una exposición ligeramente glosada de las disposiciones vigentes, así del orden administrativo como del comercial.

Siguiendo un origen cronológico al par que jurídico, mencionaremos, ante todo, los artículos 1.° y 7.° de la ley de Bienes mostrencos promulgada en 16 de Mayo de 1835, por el carácter sustantivo que reviste dentro de su propia esfera y categoría puramente administrativa.

Dicen así: Art. 1.°, párrafo 2.° Corresponden al Estado los bienes semovientes muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes... 2.° Los buques que por naufragio arriben á la

costas del Reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demás que se hallare en ellos, luego que, pasado el tiempo prevenido por las leyes, resulte no tener dueño conocido.

Art. 7.° Los buques que naufragaren, sus cargamentos y demás que en ellos se encontrare y las cosas que la mar arroje sobre sus playas, según lo expresado en los párrafos 2.° y 3.° del artículo 1.°, serán también ocupados á nombre del Estado, á quien se entregarán previo inventario y justiprecio de todo, y quedando responsable á las reclamaciones de tercero, sin perjuicio de la recompensa ó derechos que con arreglo á las disposiciones que rigieren adquieran los que contribuyan al salvamento del buque ó mercaderías.

Viniendo ya á la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, encontramos el art. 6.°, á cuyo tenor, «El Gobierno, *sin perjuicio de las obligaciones y derechos de los dueños ó consignatarios,* proveerá al salvamento de los buques náufragos, sus cargamentos y efectos, así como á su extracción en casos de pérdida total, con arreglo á lo que determinan las Ordenanzas y Reglamentos de Marina.

La misma ley de Puertos, en consonancia con este deber protector de los Gobiernos, establece en los artículos 7.° al 10 inclusive las servidumbres de salvamento y vigilancia en la siguiente forma: La servidumbre de salvamento tiene la misma extensión en los terrenos de propiedad privada colindantes con el mar que la zona marítimo-terrestre, dentro de la cual estan comprendidos, y veinte metros más contados hacia el interior de las tierras, y de ella se hará uso público en los casos de naufragio para salvar y depositar los efectos y cargamentos de los buques náufragos. (Art. 8.°) La servidumbre de vigilancia litoral consiste en la obligación de dejar expedita una vía general de seis metros de anchura contigua á la línea de la mayor pleamar, ó á la que determinen las olas en los mayores temporales donde las mareas no sean sensibles, demarcada en los casos necesarios por el Gobernador de la provincia después de oir á la Autoridad de Marina. En los parajes de tránsito difícil ó peligroso podrá internarse la vía más de seis metros, pero sin que exceda de lo estrictamente necesario, á juicio de la mencionada Autoridad. (Art. 10.) Compete ahora concordar estos preceptos con aquellos otros a los cuales hacen referencia, no perdiendo de vista que cuando se promulgaron las leyes de bienes mostrencos y de Puertos en los

años de 1835 y 1880 respectivamente, regía una legislación civil hoy derogada.

Importa, sin embargo, mencionarla, siquiera sea como doctrina, ya que el legislador patrio ha considerado, por lo visto, más jurídico prescindir de consignar los principios sustanciales concernientes á la recuperación de las cosas abandonadas por motivos de salvamento ó con ocasión de naufragio. Son estas leyes, vivas y latentes hoy en su espíritu, ya que no en su letra, la *ley 1.ª, tít. XXV, libro 4.º del Fuero Real; la ley 7.ª, tít. IX de la 5.ª Partida, y la 1.ª, tít. VIII, libro IX de la Novísima Recopilación.*

Como quiera que en este mismo comentario las hemos literalmente transcrito, nos abstenemos de disertar sobre ellas; pero es donoso este procedimiento singular del silencio, empleado por nuestro Código á trueque de referencias que, después de contrastadas, resultan inconcordantes, y por esto mismo denunciadoras del vacío y del más reprochable descuido. La demostración de lo que acabamos de exponer es sencillísima.

El art. 617 alude á leyes particulares de índole administrativa, entre las cuales ocupan preferente, por no decir exclusivo lugar, la relativa á bienes mostrencos y la ley de Puertos. Éstas á su vez se refieren á la legislación civil anterior al Código, y como en buenos principios hay que reputar derogadas las leyes del Fuero Real, de Partidas y de la Novísima Recopilación á que más arriba se ha hecho referencia, enlazando el primero y último eslabón de esta lógica cadena, se patentiza la omisión en que ha incurrido el Código, dejando vagar en ese limbo de los principios generales de derecho, cánones jurídicos de capital transcendencia que esperan el santo advenimiento de un reformador que los redima de las brumas de lo incierto, llevándolos á una realidad legal, cual es la del derecho escrito.

Por lo que toca á la concordancia de la ley de Mostrencos en el párrafo 2.º de su art. 1.º, procede hojear las antiguas Ordenanzas de Marina, y con especialidad *la ley X del tít. VII del lib. VI de la Novísima Recopilación.*

Sólo transcribiremos los artículos 12 y 13 por ser los más pertinentes á la concordancia legal perseguida, siquiera haya sido reemplazada por la Instrucción de 4 de Junio de 1873.

Dice así el art. 12 de las relacionadas Ordenanzas: Si la embar-

cación naufragada estuviese sin gente, se apoderará el Jefe militar de Marina que hubiese acudido de todos los papeles y libros que encontrare, y hecho inventario de ellos... los guardará para venir en conocimiento del dueño del cargamento y buque, que pondrá, con la custodia correspondiente, á su seguridad; pero si en la embarcación perdida no se hubiesen hallado documentos que faciliten aquellas noticias, se depositará todo lo reconocido por inventario con igual formalidad, y se hará la publicación del naufragio por edictos en los parajes convenientes con las señales más precisas para que puedan venir en conocimiento los interesados, á los cuales, presentándose dentro del término prescrito y justificando completamente su derecho al todo ó parte de los efectos, se les entregaran desde luego con la formalidad debida y deducción de los gastos causados, para cuyo reintegro, si en el primer mes después de la publicación no pareciese quien haga constar su derecho a los dichos efectos, podrán venderse en almoneda los más expuestos á deteriorarse.

Art. 13. Cumplidos tres meses de hecha la publicación, y no presentándose dueño, el Comandante de Marina de la provincia pasará al Subdelegado más inmediato de bienes mostrencos y vacantes, copia testimoniada de las diligencias practicadas y del inventario de todos los efectos salvados, poniéndolos desde luego á su disposición con reserva de los gastos, con las formalidades convenientes para su mutuo resguardo.

Los artículos relacionados de la ley de Mostrencos y de la de Puertos constituyen, por decirlo así, la rueda catalina del mecanismo administrativo en lo que atañe á naufragios, tienen algo de sustantivo, y por eso los hemos expuesto en primer término. Examinemos ahora otras leyes cuya tonalidad adjetiva salta á la vista, y para ello comenzaremos por determinar la jurisdicción competente para conocer de dichos asuntos.

Jurisdicción competente para conocer de los naufragios.

Es competente para entender en lo relativo á naufragios la jurisdicción de Marina. Diversas veces se ha formulado esta declaración por nuestras leyes, y para comprobarlo bastará una ligera reseña.

Dice el art. 10 de las Ordenanzas de Marina (*ley X, tít. VII, lbro VI*): Corresponderá también á los Jefes militares de Marina entender de las arribadas, pérdidas y naufragios de todas las

embarcaciones en las costas y puertos de mis dominios, y, por consiguiente, darán todas las providencias para el salvamento y custodia de papeles y efectos de los buques naufragados, con facultad de proceder severamente contra cualesquiera personas de cualesquiera clase y condición que estén complicadas en la ocultación ó robo de algunos efectos ó que hubieren contribuído de cualquier modo al naufragio ó pérdida de alguna embarcación en la mar, costa ó puerto, cuyas causas, con todas sus incidencias, competen privativamente al Juzgado de Marina...

No se creyó por lo visto suficientemente esclarecido este particular, y en el suplemento á la Novísima Recopilación, *ley II, título IX, libro VI,* se expresó que, para evitar en lo sucesivo las competencias que habían ocurrido entre la jurisdicción de Marina y la de Rentas en materia de naufragios, se declaraba que la primera de dichas jurisdicciones debía conocer y tratar de las diligencias concernientes al salvamento y seguridad de las embarcaciones náufragas y de sus cargamentos, con la precisa intervención de la de Rentas, depositándose los géneros y efectos en la Aduana.

Vino el decreto sobre unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868, y por el art. 4.°, núm. 12, se reservó á la jurisdicción de Marina el conocimiento, entre otras, de las causas de naufragio, abordaje y arribadas. Esto mismo repitió el art. 350 de la ley orgánica del Poder judicial de 15 de Septiembre de 1870. Finalmente, la misma deducción se obtiene de los decretos de 8 de Febrero de 1869, 30 de Noviembre de 1872, de la Intrucción de 4 de Junio de 1873 y de la reciente ley de organización de los Tribunales de Marina, promulgada en 10 de Noviembre de 1894. *(Artículos 7.°, núm. 15, y 55, núm. 3.°)*

Del procedimiento en las sumarias relativas á naufragios.—Expedientes administrativos de salvamento.

Recentísimamente se han promulgado dos leyes interesantísimas por lo que toca á la jurisdicción de marina. Una de ellas, la ley de organización de los Tribunales, y otra la de Enjuiciamiento militar. Señala la segunda los trámites generales en la incoación de todo sumario, estableciendo reglas para la práctica de las pruebas, celebración de vistas, pronunciamiento de sentencias, ejercicios de recursos contra estas últimas. Llega, en su noble afán de unificar la materia procesal, á decidir sobre aquellos

puntos que, como la prevención de los ab-intestatos, se rozan con la esfera privativa del Derecho civil, y á pesar de todo esto, no particulariza ni concreta nada en lo tocante á naufragios, y mucho menos en lo referente al procedimiento que debe seguirse en los expedientes de salvamento.

Tienen estos expedientes un carácter gubernativo, y sin duda por dicho motivo los autores de la ley de Enjuiciamiento de Marina han rehuido incluir en su articulado dichas disposiciones procesales. Pero al mismo tiempo esto induce á presumir que, no obstante, la cláusula final derogatoria de la ley citada, continúa vigente, por lo menos en lo que atañe á los expedientes administrativos de salvamento, la Instrucción de 4 de Junio de 1873, notable opúsculo legal cuya ascendencia se encuentra en las antiguas Ordenanzas de Marina.

Separadamente del sumario sobre todo naufragio de buque mercante español, dice el art. 189 de la referida Instrucción, que el Comandante de Marina, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto instruirá expediente administrativo respecto al salvamento.

Este expediente contendrá:

1.° Inventario de los documentos y efectos salvados.

2.° Diligencia de depósito, y en su caso, de la valoración de los mismos efectos.

3.° Cuenta justificada de los gastos de salvamento.

4.° Las diligencias practicadas para instruir al Capitán ó Patrón, navieros, cargadores ó aseguradores, de los efectos que se salvasen y de la cuenta de los gastos ocasionados por el salvamento y las contestaciones ó reclamaciones que los mismos hubiesen dado ó producido.

Si los efectos salvados pudieran adeudar á la Hacienda derechos por su introducción ó fuesen de ilícito comercio y se depositasen en almacenes de Marina ó proporcionados por ésta, el depósito se verificará con intervención del representante de la Hacienda, al cual se entregará copia del inventario valorado de los efectos que hayan de almacenarse; y si el depósito se constituye en almacenes de la Hacienda, la Autoridad de Marina conservará una de la llaves de aquél, que deberá entregarle el Administrador de la Aduana. (Art. 190.)

Habiendo conformidad en el Capitán, navieros, cargadores ó

aseguradores en cuanto á los efectos salvados y gastos de salvamento, previo el pago de éstos, el Comandante ó Ayudante, de acuerdo con su asesor, decretará su entrega á los interesados ó á sus Representantes legítimos, por inventario y bajo recibo, que se unirá al expediente. (Art. 191.)

Si instruído el Capitán, naviero, cargadores ó aseguradores, no se presentasen á recibir los efectos salvados que respectivamente les correspondan, ó presentándose sin impugnar la cuenta de los gastos de salvamento, no los abonaren, se procederá á la venta en público remate de los que basten para cubrir los gastos de salvamento, de depósitos y derechos de introducción. (Artículo 192.)

Si el Capitán, naviero, cargadores ó aseguradores impugnaren la exactitud del inventario ó la cuenta de gastos, la Autoridad de Marina, oyendo á su asesor, les recibirá las justificaciones que ofrecieren, y con su dictamen remitirá el expediente al Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, cuyo Jefe decidirá lo que corresponda, con acuerdo de un Auditor. (Artículo 193.)

Si el importe de la cuenta total de los efectos salvados no alcanzare á cubrir todos los gastos, se satisfarán por el orden siguiente:

1.° Los jornales de los operarios empleados en el salvamento.

2.° El importe de los efectos inutilizados en aquel servicio.

3.° Los gastos de depósito.

4.° Los derechos de la Hacienda.

5.° Las dietas de los empleados de Marina que asistieran al salvamento. (Art. 194.)

Siempre que la Hacienda deba percibir sus derechos por introducción de efectos salvados y cuando haya de procederse á su venta, se practicará ésta con intervención del Administrador de la Aduana que corresponda. (Art. 195.)

Terminado el expediente, la autoridad de Marina que lo instruya lo remitirá con su informe al Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, cuyo Jefe, si no estimase necesario ampliarlo ó que se subsane algún defecto, lo aprobará con acuerdo de su Auditor y dispondrá se instruya de su resolución á los interesados. (Art. 196.)

De la resolución del Capitán ó Comandante general podrán recurrir los interesados al Gobierno, el cual, oyendo al Tribunal del Almirantazgo, decidirá definitivamente.

Los términos para utilizar este recurso serán: veinte días para los casos en que los interesados residan en la Península, Islas Baleares y posesiones de Africa.

Cuarenta días si residen en las Islas Canarias.

Sesenta días si residen en las Antillas ó en las Islas del Golfo de Guinea.

Cien días si residen en el Archipiélago filipino é islas Marianas. (Art. 197.)

Cualquiera de los interesados podrá solicitar que á su costa se le facilite copia del expediente y que se desglosen del mismo y entreguen los documentos originales de su particular y exclusivo interés, dejando en su lugar copia literal debidamente autorizada. (Art. 198.)

Si la embarcación náufraga fuese extranjera y trajese á su bordo toda ó parte de su tripulación, el Comandante de la provincia, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto, dando conocimiento del suceso al Cónsul ó Agente consular más inmediato de la Nación á que pertenezca, proveerá sin dilación á todo cuanto fuere necesario para el salvamento de las personas, del buque y de su carga, procediendo en todo de acuerdo con el Capitán mientras no se presente el Cónsul ó la persona á quien éste confiera poder bastante. (Art. 199.)

Presentado el Cónsul ó la persona que apodere, se dejará á su cuidado que practique todo lo que tuviere por más conveniente, limitándose la autoridad de Marina á facilitar los auxilios que le pidiere para el salvamento, para evitar desórdenes y para legalizar los actos de inventario, depósito de efectos salvados y otros cualesquiera incidentes que requieran la intervención de su autoridad. (Art. 200.)

Si la embarcación náufraga, cualquiera que sea ó pueda ser su nacionalidad, arribase á nuestras costas ó se encontrase en la mar sin gente, el Comandante de Marina, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto, acompañados del Secretario, instruirán el expediente de salvamento como se prescribe en los artículos 189 y 190, poniéndose sin dilación la debida custodia en el buque para su seguridad y la del cargamento, y ocuparán los libros y

papeles que hallaren á su bordo, formalizándose inventario de todo. (Art. 201.)

Si en la embarcación perdida no se hubieren hallado documentos que faciliten noticias de su dueño ó de los del cargamento, se depositará todo por inventario, y se hará la publicación del naufragio por edictos con las señales más precisas para que puedan venir en conocimiento los interesados, que se fijarán en los parajes más convenientes, insertándose en la Península é islas adyacentes en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de la provincia, y en Ultramar en los periódicos oficiales de la capital del Apostadero y de la provincia respectiva si los hubiere, y si no los hay, en los que se publiquen en las mismas localidades y tengan mayor circulación. (Art. 202.)

Presentándose los interesados con citación de los mismos, se remitirá el expediente al Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero donde, con audiencia instructiva de aquéllos, del Fiscal del Departamento y de los halladores, se sustanciará y decidirá por la Junta económica del Departamento en la forma establecida ó que se estableciere para los juicios de presas. (Art. 203.)

No pareciendo los dueños del buque ó cargamento dentro del primer mes desde la publicación del naufragio, podrán venderse en pública subasta los más expuestos á deteriorarse que sean bastantes á cubrir los gastos causados. (Art. 204).

Cumplidos los tres meses después de la publicación del naufragio y no presentándose dueño del buque y cargamento, el Ayudante del distrito ó Capitán del puerto, en sus casos respectivos remitirán el expediente al Comandante de Marina de la provincia, el cual lo elevará al Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, donde, con audiencia instructiva del Fiscal del Departamento y de los halladores, se continuará la sustanciación del expediente por la Junta económica del Departamento en la forma establecida ó que se establezca para los juicios de presas. (Art. 205.)

Cuando se encontraren sobre el mar ó se extrajeren de su fondo pertrechos ó efectos de bajeles naufragados desde mucho tiempo ó cualquiera otra cosa que no sea producto de la misma mar, el hallador dará inmediatamente conocimiento al Comandante de Marina de la provincia, Ayudante del distrito ó Capi-

tán del puerto, por los que, y cada uno en su caso, se formará expediente con inventario de los efectos hallados, publicando el hallazgo por edictos, con las señales más precisas para que puedan venir en conocimiento los interesados, que se fijarán en los parajes convenientes, insertándose en la Península é islas adyacentes en el *Boletín Oficial* de la provincia, y en Ultramar en los periódicos de la provincia respectiva si los hubiere, y si no los hay, en los que se publiquen en las mismas localidades y tengan mayor circulación, señalándose en dichos edictos el término de un mes para que los que se consideren dueños de los efectos hallados se presenten á deducir su derecho. (Art. 206.)

Si se presentare alguno y justificare ser el dueño, después de oir instructivamente al hallador, el Comandante, Ayudante ó Capitán del puerto, previo dictamen de un asesor si le hubiere, y hallando bien justificado el derecho del que se considere dueño, dispondrá que, abonando éste al hallador la tercera parte de los efectos salvados, se le entreguen bajo inventario y recibo. (Artículo 207.)

Transcurrido el mes, contado desde la publicación del hallazgo, y no presentándose el dueño, el Comandante de la provincia, el Ayudante del distrito ó Capitán del puerto en sus respectivos casos, previo dictamen de asesor, si lo hubiere, dispondrá se adjudiquen y entreguen los efectos salvados al hallador, bajo inventario y recibo. (Art. 208)

De las resoluciones del Comandante de la provincia, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto, en estos expedientes podrán recurrir los interesados en el término de cinco días al Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, cuyos Jefes, con acuerdo de sus Auditores, resolverán definitivamente consultando sólo en caso preciso al General del Almirantazgo. (Artículo 209.)

Cuando el mar arroje á la costa anclas perdidas, pertrechos ó efectos de bajeles náufragos ó cualquiera otra cosa que no sea producto de la misma mar, el hallador dará inmediatamente conocimiento al Comandante de Marina de la provincia, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto, por los que, y cada uno en su caso, se formará expediente con inventario de los efectos, y publicará el hallazgo en la forma determinada en el art. 206; pero expresándose en los edictos que los que se consideren con

derecho á los efectos hallados se presenten á deducirlos por sí ó por medio de apoderado ante el Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, al que con este fin se remitirá el expediente. (Art. 210.)

Si se presentare alguno y justificare ser el dueño, previo dictamen del Fiscal del Departamento, determinará el Capitán ó Comandante general, con acuerdo de un Auditor, que los efectos salvados se entreguen á aquél por inventario y bajo recibo, abonando al hallador previamente la tercera parte del valor de ellos. (Artículo 211.)

Si el que se presentare no justificase debidamente su derecho á la propiedad de los objetos hallados, oyendo al Fiscal del Departamento y á su Auditor, el Capitán ó Comandante general dispondrá que los efectos salvados bajo inventario y justiprecio se entreguen al representante de la Hacienda, quedando ésta responsable á las reclamaciones del tercero, al pago de la tercera parte del valor de dichos efectos y á los gastos de salvamento. (Artículo 212.)

Lo mismo se practicará si, transcurrido el mes desde la publicación de los edictos, no se presentare nadie á reclamar la propiedad de los efectos hallados. (Art. 213.)

La decisión del Capitán ó Comandante general del Departamento ó Apostadero, siendo conforme con el dictamen de su Auditor, será ejecutoria; en caso de disenso, antes de su ejecución la consultará, exponiendo los motivos en que la funde, al Tribunal del Almirantazgo. (Art. 214.)

La misma Instrucción de 4 de Junio de 1873, de la cual hemos entresacado los artículos que dejamos transcritos relativos al procedimiento propio de los expedientes administrativos de salvamento, contiene algunos particulares que atañen á las primeras medidas que deben adoptarse por las Autoridades de Marina en caso de naufragio. Dicha Instrucción, cuya raíz legal se nutre de los preceptos de las antiguas Ordenanzas de Marina, de las de Matrículas de mar y de diferentes Reales órdenes y decretos, ha venido á quedar derogada por la ley de Enjuiciamiento militar, especialmente en todo aquello que guarde relación con la manera de enjuiciar. Ciertas atribuciones y particularidades se encuentran en la Instrucción, que no existen en la ley Procesal de Marina, acaso porque revisten un carácter gubernativo que, en

sentir de la Comisión autora del proyecto, no engrana bien con el marcadamente procesal penal de este último.

Sospechando, más bien que afirmando, la posible vigencia de los aludidos preceptos, y sobre todo, comprendiendo su necesidad, mientras coexistan en el régimen justicial de nuestro país diversas jurisdicciones, vamos á exponer los más interesantes. A tenor del art. 169, cuando á conocimiento del Comandante de Marina, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto llegase la noticia de algún naufragio, dará inmediato aviso al Director de Sanidad y se constituirá en el lugar del siniestro para dar sin dilación las disposiciones que permitan las circunstancias, en primer lugar, en socorro de los náufragos y después para salvar el buque y su cargamento, procediendo en todo ello de acuerdo con el Director de Sanidad ó su delegado, y con sujeción á las leyes y órdenes que á la sazón rijan ó la misma Sanidad adopte en el acto, sobre precauciones para comunicar ó prohibición de roce con personas y efectos.

Tiene el Comandante de Marina, Ayudante del distrito ó Capitán del puerto atribuciones para embargar las embarcaciones y ocupar la gente de mar que fuese menester, así como requerir de las demás Autoridades y Jefes militares el auxilio necesario con el objeto de recoger y custodiar los efectos procedentes de un naufragio. (Art. 170.)

Los demás artículos se ciñen á particularizaciones y formalidades privativas de las sumarias sobre naufragios, por cuyo motivo no los insertamos.

Derecho mercantil.—Averías gruesas.—Naufragios.

Serán averías gruesas ó comunes por regla general, todos los daños y gastos que se causen deliberadamente para salvar el buque, su cargamento ó ambas cosas á la vez, de un riesgo conocido y efectivo, y en particular los siguientes:

.....2.° Los efectos arrojados al mar para aligerar el buque, ya pertenezcan al cargamento, ya al buque ó á la tripulación, y el daño que por tal acto resulte á los efectos que se conserven á bordo.

3.° Los cables y palos que se corten ó inutilicen, las anclas y as cadenas que se abandonen para salvar el cargamento, el buque ó ambas cosas... (Art. 811 del Código de Comercio.)

El Capitán dirigirá la echazón y mandará arrojar los efectos or el orden siguiente:

1.° Los que se hallaren sobre cubierta, empezando por los que embaracen la maniobra ó perjudiquen al buque, prefiriendo, si es posible, los más pesados y de menos utilidad y valor.

2.° Los que estuvieren bajo la cubierta superior, comenzando siempre por los de más peso y menos valor, hasta la cantidad y número que fuese absolutamente indispensable. (Art. 816.)

A satisfacer el importe de las averías gruesas ó comunes contribuirán todos los interesados en el buque y cargamento existente en él al tiempo de ocurrir la avería. (Art. 812.)

Para que puedan imputarse en la avería gruesa y tengan derecho á indemnización los dueños de los efectos arrojados al mar, será preciso que, en cuanto á la carga, se acredite su existencia á bordo con el conocimiento; y respecto á los pertenecientes al buque, con el inventario formado antes de la salida, conforme al párrafo primero del art. 612.

Las pérdidas y desmejoras que sufran el buque y su cargamento á consecuencia de naufragio ó encalladura, serán individualmente de cuenta de los dueños, perteneciéndoles en la misma proporción los restos que se salven. (Art. 840.)

Si el naufragio ó encalladura procediesen de malicia, descuido ó impericia del Capitán, ó porque el buque salió á la mar no hallándose suficientemente reparado y pertrechado, el naviero ó los cargadores podrán pedir al Capitán la indemnización de los perjuicios causados al buque ó al cargamento por el siniestro, conforme a lo dispuesto en los artículos 610, 612, 614 y 621. (Art. 841.)

Los objetos salvados del naufragio quedarán especialmente afectos al pago de los gastos del respectivo salvamento y su importe deberá ser satisfecho por los dueños de aquéllos antes de entregárseles y con preferencia á otra cualquiera obligación. (Artículo 842.)

Si navegando varios buques en conserva, naufragase alguno de ellos, la carga salvada se repartirá entre los demás en proporción á lo que cada uno pueda recibir.

Si algún Capitán se negare sin justa causa á recibir la que le corresponda, el Capitán naufrago protestará contra él, ante dos oficiales de mar, los daños y perjuicios que de ello se sigan, ratificando la protesta dentro de las venticuatro horas de la llegada al primer puerto é incluyéndola en el expediente que debe instruir, con arreglo á lo dispuesto en el art. 612.

Si no fuere posible trasladar á los demás buques todo el cargamento náufrago, se salvarán con preferencia los objetos de más valor y de menos volumen, haciéndose la designación por el Capitán, con acuerdo de los oficiales de su buque. (Art. 813.)

El Capitán que hubiere recogido los efectos salvados del naufragio continuará su rumbo al puerto de su destino, y en llegando los depositará con intervención judicial á disposición de sus legítimos dueños.

En el caso de variar de rumbo, si pudiere descargar en el puerto á que iban consignados, el Capitán podrá arribar á él si lo consintieren los cargadores ó sobrecargos presentes y los oficiales y pasajeros del buque; pero no lo podrá verificar, aun con este consentimiento, en tiempo de guerra ó cuando el puerto sea de acceso difícil y peligroso.

Todos los gastos de esta arribada serán de cuenta de los dueños de la carga, así como el pago de los fletes que, atendidas las circunstancias del caso, se señalen por convenio ó por decisión judicial. (Art. 844.)

Si en el buque no hubiere interesado en la carga que pueda satisfacer los gastos y fletes correspondientes al salvamento, el Juez ó Tribunal competente podrá acordar la venta de la parte necesaria para satisfacerlos con su importe. Lo mismo se ejecutará cuando fuese peligrosa su conservación ó cuando en el término de un año no se hubiese podido averiguar quiénes fueren sus legítimos dueños. (Art. 845.)

En ambos casos se procederá con la publicidad y formalidades determinadas en el art. 579, y el importe líquido de la venta se constituirá en depósito seguro, á juicio del Juez ó Tribunal, para entregarlo á sus legítimos dueños.

No debe prescindirse en este lugar de la mención de los artículos 2.131 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, y con especialidad los artículos 2.173 y 2.174, referentes á la manera de hacer constar de un modo auténtico las causas de las averías, arribada forzosa ó naufragio.

APÉNDICES LEGALES.—I. LEGISLACIÓN DE ADUANAS.

Ordenanzas vigentes de 15 de Octubre de 1894, tít. III, cap. XI. Sección 4.ª—De los naufragios.

Art. 291. Cuando naufragare un buque en las costas españolas, los empleados de las Aduanas próximas, si las hubiere, y

los individuos del Resguardo, tienen la ineludible obligación de acudir al sitio del siniestro á fin de contribuir en cuanto puedan al salvamento de los náufragos, de la carga y de la nave.

Si no hubiere Aduana en el punto del naufragio, los individuos del Resguardo prestarán el mismo servicio, vigilando los efectos y las mercancías salvadas, y dando inmediato aviso á la Aduana que más pronto pueda recibirlo.

Art. 292. El conocimiento directo y principal de todo lo concerniente á naufragios pasado el primer momento, compete respectivamente á las Autoridades de Marina y á los Cónsules, según se trate de buques nacionales ó extranjeros y en la forma que establezca la legislación especial correspondiente.

Los Administradores de Aduanas cuidarán con el mayor esmero de que no se defrauden los derechos de la Hacienda pública.

Para ello dispondrán que se vigile el salvamento de la carga por empleados é individuos del Resguardo designados especialmente; intervendrán el inventario que se forme, recibiendo una copia autorizada, y exigirán una llave de los almacenes en que se coloquen las mercancías y los efectos salvados.

Art. 293. Si los interesados, el Capitán ó la persona que le represente quiere reembarcar la mercancía ó efectos salvados, lo solicitarán del Administrador de la Aduana, quien lo autorizará con las debidas formalidades.

Si el buque náufrago fuese español y condujese carga de cabotaje, el reembarque de las mercancías salvadas sólo será permitido en el mismo buque rehabilitado ó en otro también español, á no ser que convenga á los interesados variar la expedición, destinando al extranjero mercancías salvadas, en cuyo caso se procederá con las formalidades establecidas para el comercio de esta clase.

Art. 294. Cuando los interesados quieran adeudar las mercancías extranjeras salvadas, lo solicitarán del Administrador de la Aduana en cuya jurisdicción hubiere ocurrido el siniestro, procediéndose al despacho si dicha oficina está habilitada para ello. En otro caso, se dará parte al Administrador de la principal de la provincia á fin de que envíe los empleados necesarios, siendo de cuenta de los interesados los gastos que hagan dichos empleados para cumplir este servicio.

Los despachos y el pago de derechos se harán en la forma ordinaria, por medio de declaraciones y dispensándose la presentación del manifiesto si no le hubiere.

Si las mercancías tuviesen avería, se procederá con arreglo á las disposiciones de estas Ordenanzas acerca de las averías.

Art. 295. Los dueños de los buques náufragos que desearen exportar los despojos de los mismos buques, podrán verificarlo con las debidas formalidades.

Se considerarán como despojos de un buque náufrago, no sólo su casco y arboladura, sino también los objetos de pertrecho y armamento, tales como velas, jarcias, cadenas, anclas, etcétera.

Si en vez de exportarlos quisiese venderlos, se entenderán los dueños, para la práctica de todas las diligencias necesarias, con el Cónsul de la Nación respectiva, quien deberá dar parte á la Aduana en los casos siguientes:

1.° Cuando vaya á hacerse la tasación del buque, á fin de que el Administrador nombre un empleado que asista á dicho acto. Éste firmará con los peritos la tasación que verifiquen si la encontrase conforme, ó consignará su opinión, dando cuenta al Administrador.

2.° Cuando, terminadas las diligencias, se proceda á la venta, para que pueda asistir el mismo Administrador ó persona que lo represente.

El Cónsul deberá pasar al Administrador copia certificada del acta ó documento en donde conste el precio de la venta del buque ó sus despojos, y que haya de servir de base para exigir al adquirente el pago de los derechos.

Cuando los interesados se sometan para la enajenación del casco y de los pertrechos de los buques náufragos á las disposiciones anteriores y dichos efectos se vendan en pública subasta, se percibirá el 8 por 100 del precio en que se hayan adjudicado como derechos de Arancel, y cuando la venta no se verifique con las indicadas formalidades se cobrarán dichos derechos de 8 [illegible]100 sobre el valor de tasación pericial, cuyos gastos abonará [illegible] nteresado.

.rt. 296. Si se quisiere rehabilitar el buque para la navega[illegible]n, se procederá en la forma siguiente:

° El dueño, si no se vendió el buque, ó el adquirente, si

llegó á venderse, participarán al Administrador de la Aduana que desean rehabilitar la embarcación.

2.° El Administrador designará un maestro carpintero de ribera que, en unión de otro nombrado por la Autoridad de Marina del puerto, procedan á tasar el buque en lo que realmente valga, colocado en astillero ó varadero para su recomposición. El arqueo se hará con sujeción al Reglamento de 2 de Diciembre de 1874 y por los arqueadores que el mismo indica.

Si el interesado se conformase con la tasación firmará el acta con el Administrador, el Interventor y los peritos. Si no se conformara, lo manifestará así, y se procederá á nueva tasación por los mismos peritos asociados de un tercero que nombrara la Cámara de Comercio, Industria y Navegación, si existieran en la población, ó el Alcalde en caso contrario. La tasación que así se practique será obligatoria para los Administradores y para el interesado.

3.° La reparación ó rehabilitación del buque se hará después sin intervención alguna de la Aduana.

4.° Cuando el buque esté listo para navegar, el interesado lo participará al Administrador, manifestando si quiere ó no abanderarlo en España. En caso afirmativo se practicará nueva tasación ó arqueo en la forma anteriormente dispuesta.

Si el buque no se abanderara en España se instruirá expediente para la devolución del derecho del 8 por 100 satisfecho en concepto de despojos.

5.° Averiguado el valor del buque cuando haya de ser abanderado, se fijarán los derechos que haya de pagar por medio de la siguiente proporción: el valor del buque rehabilitado es á los derechos de Arancel que le corresponden, según su tonelaje, como el valor que tenía antes de rehabilitarse es al cuarto término que expresará los derechos exigibles.

Si la diferencia entre este término y los derechos íntegros de arancel no llega al 10 por 100, se cobrarán íntegros los derechos, y si pasa del 75 por 100, se exigirá el 25 por 100 de dicha totalidad, conforme á lo establecido para las averías en general.

Del derecho líquido que resulte se deducirá el 8 por 100 q se haya satisfecho en concepto de despojo, del buque náufrag

Art. 297. Corresponde á las autoridades de Marina la form ción de expediente cuando efectos que no sean producto natur

del mar se encuentren flotando ó arrojados en la costa y carezcan de dueño conocido. Los Administradores de Aduanas se limitarán á contribuir al salvamento y á formar el inventario de los objetos salvados ó recogidos.

Terminado el expediente, la autoridad que lo haya instruído lo participará al Administrador de la Aduana á fin de que éste exija al que resulte dueño por derecho anterior ó por derecho de ocupación el pago de la cantidad correspondiente según el arancel, ó la fianza de reexportación según opte el interesado por introducir los efectos á consumo ó exportarlos, y siempre que se trate de objetos extranjeros, pues los nacionales serán libres de derechos.

Si del expediente resultase que la Hacienda era dueña de los objetos, se posesionará de ellos en la forma y con las reservas que establecen las leyes; pero nunca estará obligada á pagar por gastos de salvamento y recompensas más cantidad que la que en líquido valgan los efectos vendidos en pública subasta.

APÉNDICES LEGALES. — II. NAUFRAGIOS.— TRATADOS DE COMERCIO Y NAVEGACIÓN.

No pretendemos exponer en este sitio el texto de los diferentes tratados de Comercio y Navegación en lo concerniente á naufragios.

Caducados muchos de dichos tratados, y comprendiendo los vigentes, por regla general, análogas disposiciones sobre este aspecto del Derecho Internacional, nos referiremos á algunos de ellos, más bien que con otra mira, con la de no dejar sin bosquejo esta fuente de derecho, de suma importancia cuando se trata de naufragios de buques extranjeros en las costas de España y á la inversa.

Convenio consular entre Francia y España de 7 de Enero de 1862.

Art. 27. Cuando naufrague ó encalle algún buque perteneciente al Gobierno ó á los súbditos de una de las altas potencias contratantes en el litoral de la otra, las autoridades locales deberán ponerlo en conocimiento del Cónsul general, Cónsul, Vicecónsul ó Agente consular del distrito, ó en su defecto, en el del Cónsul general, Cónsul, Vicecónsul ó Agente consular más próximo al lugar donde haya ocurrido el accidente.

Todas las operaciones relativas al salvamento de los buques españoles que hubiesen naufragado ó varado en las aguas terri-

toriales de Francia serán dirigidas por los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares de España, y recíprocamente, todas las operaciones relativas al salvamento de los buques franceses que hubiesen naufragado ó varado en las aguas territoriales de España serán dirigidas por los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares de Francia.

La intervención de las Autoridades locales tendrá lugar únicamente en los dos países para facilitar á los Agentes consulares los auxilios que necesiten, mantener el orden y garantir los intereses de los salvadores que no pertenezcan á la tripulación y asegurar la ejecución de las disposiciones que deban observarse para la entrada y salida de las mercaderías salvadas.

En ausencia y hasta la llegada de los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares, ó bien de las personas que á este fin delegaren, las Autoridades locales deberán tomar todas las medidas necesarias para la protección de los individuos y la conservación de los efectos que se hubieren salvado del naufragio.

Por la intervención de las Autoridades locales en cualquiera de estos casos, no se ocasionarán costas de ninguna especie, fuera de los gastos á que den lugar las operaciones del salvamento y la conservación de los objetos salvados y de los eventuales á que están sujetos en semejantes circunstancias los buques nacionales.

En caso de duda sobre la nacionalidad de los buques náufragos, las disposiciones mencionadas en el presente artículo serán de exclusiva competencia de la Autoridad local.

Las altas partes contratantes convienen además en que las mercancías y efectos salvados no estarán sujetos al pago de ningún derecho de Aduana, á menos que no se destine al consumo interior.

Tratado de Comercio y Navegación con Dinamarca, firmado en Madrid en 4 de Julio de 1893, y canjeadas las ratificaciones en Copenhague en 10 de Agosto de 1894.

Art. 13. En el caso de siniestro de un buque español en la costas de Dinamarca, ó de un buque danés en las costas de España, el Cónsul en cuyo distrito haya tenido lugar el siniestr será inmediatamente informado de la ocurrencia, á fin de facil

tar al Capitán los medios de poner á flote el buque, bajo la vigilancia y con la ayuda de la Autoridad local.

Si hay pérdida y naufragio ó abandono del buque, la Autoridad pedirá su opinión al Cónsul sobre las medidas que se hayan de tomar para garantir todos los intereses en el salvamento del buque y del cargamento hasta que se presenten los propietarios ó sus representantes ó apoderados.

Las mercancías salvadas no devengarán ningún derecho de Aduanas, á menos que se admitan para el consumo interior. No obstante, los víveres salvados que no sean vendidos, pero sirvan para alimentos de la tripulación, quedarán exentos de derechos.

Para los derechos y gastos de salvamento y conservación del buque y del cargamento, el buque naufragado será tratado como lo sería en iguales circunstancias un buque nacional.

Tratado de Comercio y Navegación con Austria-Hungría, celebrado en 1880 y prorrogado hasta 30 de Junio de 1892, por Convenio ratificado en 8 de Febrero del mismo año (1).—Art. 15 ....En caso de naufragio ó de averías de un buque perteneciente al Gobierno ó á los súbditos de una de las altas partes contratantes, en las costas ó en el territorio de la otra, no solamente se dará á los náufragos toda clase de asistencia y socorro, sino que también los buques, sus partes y restos, sus utensilios y todos los objetos que les pertenezcan, los papeles encontrados á bordo, así como los efectos y mercancías que, arrojados al mar, hayan sido salvados, ó bien el precio de su venta, serán fielmente entregados á los propietarios, cuando lo reclamen por sí ó por medio de sus apoderados, y esto sin otro estipendio que el de los gastos de salvamento, de almacenaje y de aquellos mismos derechos que en igual caso deban pagar los buques nacionales.

A falta del propietario ó de un agente especial de éste, se hará la entrega á los Cónsules respectivos, á los Vicecónsules ó á los Agentes consulares; entendiéndose que si el buque, sus efectos y mercancías llegasen á ser objeto de una reclamación legal, se reservará la decisión á los Tribunales competentes del país.

---

(1) No obstante la caducidad de este tratado, insertamos su artículo 15 por ser uno de los que demuestran mayor previsión en el particular relativo á salvamentos y naufragios.

Los restos salvados de los buques y los efectos averiados procedentes del cargamento de un buque de una de las partes contratantes, no podrán ser sometidos por la otra al pago de gastos de ninguna especie, fuera de los de salvamento, á no ser que se destinen al consumo interior.

TÍTULO II

De la donación.

Principia el Rey Alfonso X su quinta Partida ocupándose de aquellos contratos gratuítos en los cuales la prestación se realiza por gracia y desinteresadamente.

Así se observa que el primer *pleyto* de que trata es el Empréstido, diciendo de él que es *vna natura de pleyto de gracia que acaesce mucho a menudo entre los omes de que reciben plazer e ayuda los vnos de los otros.*

Prosigue á reglón seguido por la exposición de la doctrina concerniente al comodato; habla después del condesijo ó depósito, terminando esta primera y razonada parte de la quinta Partida con la mención de las donaciones, diciendo de ellas que *dar es una manera de gracia e de amor que vsan los omes entre si que es más cumplida e mejor que las que diximos en el titulo ante deste.*

Es visto que el Código alfonsino, apartándose de la Instituta justiniánea, llevó las donaciones á su verdadero lugar. Mas en esto reina tal diversidad, y es desués de todo cuestión tan poco práctica, la de si deben cluirse entre los contratos ó al nivel de las sucesios ó entre los modos adquisitivos del dominio, que

vale más no detenerse en un particular que, si de interés tratándose de una obra dogmática y regida por un plan científico rigorosísimo, es verdadera sutileza con respecto á un Código civil, y en un trabajo destinado á comentarlo. Obsérvase esta diversidad en los cuerpos legales que acabamos de mencionar. La Instituta justiniánea ocúpase de la donación en el libro II, *De rerum divisione,* habiendo con ello dado margen á que los juristas del Renacimiento disputaran si debía considerarse modo ó título de adquirir. El Rey Sabio, en su quinta Partida, la expone al mismo nivel de los contratos gratuítos, mutuo, comodato y depósito: finalmente, el Código patrio la incluye entre los modos de adquirir el dominio.

Y si examinamos en una rápida ojeada los Códigos extranjeros, percibiremos la misma vacilación é inseguridad. El Código napoleónico desarrolla la doctrina de la donación conjuntamente con la de las sucesiones. Italia la trata entre los modos adquisitivos y transmisivos del dominio, y á renglón seguido del título de las herencias. Guatemala, entre los modos de adquirir, aun cuando la define como *contrato.* El Código chileno, encontrando parentesco entre las sucesiones y las donaciones *inter vivos*, sin duda por razón del elemento gratuíto que les es común, consagra el libro III al desenvolvimiento de ambas instituciones jurídicas; finalmente, los Códigos de Portugal y Méjico, siguiendo las científicas inspiraciones de los legisladores alfonsinos, estudian la donación entre los contratos, y al mismo nivel de los de depósito, comodato y mutuo.

Dada esta trinidad de lugar, por lo que respecta a plan de un Código, ¿cuál es el más acomodado á un cri

terio lógico? En nuestro sentir, el indicado por la ley de Partidas y adoptado por los Códigos de Portugal y Méjico. Si la donación es un contrato cualificado por la gratuidad, debe ser expuesto rompiendo marcha entre las convenciones puramente gratuítas, por lo mismo que su gratuidad es de primer grado, y le confiere la primacía.

Y dejando ya á un lado esta añeja cuestión de plan, digamos que al tenor de lo manifestado por Paulo en su *Comentario á la ley Julia y Papia*, transcrito luego en el *Dig., ley 35, § I, tít. VI, lib. XXXIX*, donación se dice de don, como entrega de algún don, tomado de los Griegos, porque éstos dicen dar. *Donatio dicta est á dono, quasi dono datum, capta á Graeco, nan hi dicunt donum et donare.*

Libertad amplísima reinó en la primitiva Roma respecto de la facultad de transmitir los patrimonios gratuítamente por actos *inter-vivos;* verdad es que realizábase mediante las formas de la estipulación, toda vez que hasta los tiempos justiniáneos, y atendiendo, como dice Ihering, al remedio de la incomodidad, no se suprimió con respecto á la donación la forma estipulatoria. Así, pues, para las cosas *mancipi* empleábase la *mancipatio* ó la *cessio in iure,* y para las *nec mancipi* bastaba la *traditio*. Mas como la donación suele convertirse en instrumento del abuso, esto hubo de suceder en Roma, y la ley Cincia, llamada Muneral por Plauto, dada el año 549 de la fundación, siendo tribuno de la plebe, Cincio, vino á regular las donaciones poniéndolas tasa, salvas ciertas excepciones recogidas y modificadas más adelante por las Constituciones Imperiales, aun reflejadas por las legislaciones de los tiempos medios.

Al lado de estas donaciones voluntarias, llamémos las así, puramente gratuítas é inspiradas por un sentimiento nobilísimo, hubo otras donaciones impuestas, forzosas, requeridas por las condiciones sociales en las cuales el pueblo romano se desarrollaba. En otros términos: al lado del don *quasi dono datum*, coexistió el *munus*, es decir, al lado del género vegetó la especie.

Los jurisconsultos romanos distinguieron con perfecta claridad ambos conceptos; Ulpiano, por ejemplo, *ley 194, Dig., de verborum significatione*, dice: *Inter donum et munus hoc interest, quod inter genus et speciem; nam genus esse donum Labeo á donando dictum, munus speciem; nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium nuptalicium*. Esto es: entre el don y la dádiva media la misma distinción que entre el género y la especie; porque Labeon dice que el don es el género y que se deriva de la palabra donar; y la dádiva es la especie, porque dádiva es la donación que se hace por causa, por ejemplo, de algún nacimiento ó boda.

De las supradichas palabras de Ulpiano no se percibe, en orden al derecho de Roma y á su constitución política y social, la diferencia entre el *donum* y el *munus*.

Marciano esclarece bastante más la incógnita, porque dice, *ley 214, Dig., loco citato: Munus proprie est, quod necessarie obimus lege, more imperiove eius qui iubendi habet potestatem. Dona autem proprie sunt quae nulla necessitate iuris officii sed sponte praestantur; quae si non praestentur nulla reprehensio est; et si praestantur plerumque laus in est.* Lo que en romance quiere decir:

La palabra *munus* significa lo que necesariamente

debemos practicar por costumbre, ley ó imperio del que tiene potestad para mandar. Don es en puridad lo que espontáneamente se presta sin necesidad ninguna jurídica ni derivada del oficio que se ejerce, de tal suerte, que si no se da, no se incurre en falta ni responsabilidad, y si se presta, débese agradecer las más de las veces.

Este pasaje de Marciano, aparte de evidenciar el de Ulpiano en el sentido de que siendo el *donum* el género y el *munus* la especie, ambos quedan comprendidos en el concepto de donación, revela esa doble categoría de las donaciones en Roma, esa división en públicas y en privadas, en voluntarias y forzosas.

Nadie ha explicado mejor la causa social de esta diversificación de las donaciones como el ilustre Ihering en su obra magistral *El espíritu del derecho romano*.

En la antigua Roma, dice, habíase hecho imposible al ciudadano que carecía de fortuna la posibilidad de vivir de su industria personal; los grandes capitales en bienes raíces ó en rentas tenían sobre los pequeños una preponderancia desmesurada; y así también la clase media no podía prosperar en Roma, puesto que en un Estado en que las relaciones sociales están bien organizadas, debe mantenerse el equilibrio de la sociedad. Por una parte, la riqueza se amontonaba en masas siempre grandes; por otra crecía la miseria y el proletariado. Una repartición más equitativa hubiera asegurado la existencia honrosa á millares de hombres con lo que allí afluía á uno solo, desproporción que alcanzó su punto culminante hacia el fin de la República, y que ya sentían anteriormente, aunque en grado menor.

De lo que precede resulta que el proletariado era en Roma consecuencia inevitable de la organización de la misma. Los pobres afluían á ella de todos los puntos de Italia, siendo fácil de comprender que Roma fuese la ciudad ideal de los proletarios. Allí, sin trabajo, se llevaba una existencia agradable: siempre fiestas, juegos, mercedes por parte de los ricos y del Estado, ¡distracciones perpetuas! Allí, cuando menos, la miseria era honrosa, y el más pobre se reanimaba ante el brillo y la gloria del Poder romano, que era en parte también obra suya. En Roma, hasta el mendigo se cubría con el sentimiento de su valor como ciudadano romano, y podía en los comicios ejercer el sufragio de su voto ó venderlo.

El hombre privado podía desembarazarse de la responsabilidad de semejante estado de cosas, podía acusar por ello al Estado, y aún más, á la organización social.

Pero ¿qué hacía el Estado para combatir el mal y ponerle el remedio? Antes de responder á esta pregunta existe un fenómeno de la vida romana que debe llamar nuestra atención. Me refiero, sigue diciendo Ihering, á la liberalidad de los grandes de Roma hacia las clases inferiores, que tomó con el tiempo una extensión tan colosal, cuyo término de comparación con nuestras costumbres sería pálido. El motivo no puede hallarse, ni en los esfuerzos hechos para captarse el amor del pueblo, ni tampoco en la corrupción electoral, porque si fuera así, veríamos el mismo fenómeno reproducirse en otras repúblicas; menos puede atribuirse á sentimientos de beneficencia, cualidad de que carecía el carácter de los romanos.

Las circunstancias descritas más arriba revelan á menudo la causa cierta. Era un deber social para las clases afortunadas compensar la superioridad que esas circunstancias les atribuían con su generosidad, en consideración á las clases que por ello padecían; era un deber reparar y dulcificar la injusticia que de ello resultaba. Cualesquiera que fuesen, por lo demás, los motivos que impelían á obrar á los particulares, era una causa general la que dominaba y tendía á la *apaciguación del sentimiento de las clases inferiores, herido por la iniquidad social.* De aquí esa generosidad que abrazaba á toda una clase del pueblo, impuesta como un deber formal de posición; de aquí la vergüenza que resultaba, sustrayéndose á ella ó eludiéndola. Eso no era más que justicia. Sólo un espíritu bajo, sórdido, podía aprovechar las ventajas de una posición privilegiada sin querer soportar los deberes que de ella dimanaban. Toda gran fortuna, dice un autor moderno, lleva consigo la obligación moral de separar y arrancar al goce egoísta y personal una porción cualquiera para arrojarla á la circulación en provecho del interés general de la sociedad.

En el fondo, la generosidad de la aristocracia romana completaba el sistema de la circulación de las riquezas, favoreciendo su reflujo hacia las clases desgraciadas, y aunque la organización de ese sistema era insuficiente, corregía, al menos, aunque levemente, su acumulación desproporcionada sobre los puntos favorecidos.

Fué un motivo, prosigue Ihering, puramente social, ó una causa moral verdadera, lo que impulsó á esa nerosidad. El interés mismo de las clases superiores

lo exigía como medio el más esencial de asegurar su posición, manifestando sentimientos verdaderamente aristócratas que se imponían al pueblo y que desarmaban la envidia. Las clases inferiores, como las más elevadas, tenían un interés igual en arrancar esa liberalidad á la voluntad del individuo y de erigirla en deber acomodado á las costumbres. La ocasión principal en que la opinión del pueblo exigía el cumplimiento de ese deber, era la entrada en las funciones del Edil, y más tarde las del Cuestor, cargos éstos que figuraban en los primeros escalones que se debían salvar para subir á los demás grados superiores de la Administración pública. El funcionario futuro debía pagar en cierto modo, á su ingreso en el servicio del Estado, su derecho de entrada, y su liberalidad era la tácita promesa del fructuoso ejercicio de su cargo, aneja á la función como tal y que entraba como elemento esencial en el organismo de la Administración pública.

El Edil que hubiera cumplido las tareas más laboriosas, pero que no hubiera hecho gastos y hubiera administrado el *munus patrimonii* como un *munus personae*, no solamente habría perdido el favor de las clases inferiores, defraudadas en sus esperanzas, sino que hubiera incurrido en la desestimación de todo el pueblo y perdido para siempre toda esperanza de influencia y reelección. Esta obligación de los Ediles fué desenvuelta poco á poco gracias á la organización de los juegos públicos de que estaban encargados. El Estado dedicaba cierta suma á esos juegos, 500.000 ases, para los *ludi magni*, y si era insuficiente, los Ediles quedaban naturalmente obligados á cubrir el déficit, aunque no hubiese dependido de ellos el organizar los juegos con

menos dispendios. Igual ocurría con otros gastos que pertenecían á las funciones del Edil, como las entregas de granos y de aceite al pueblo á más bajo precio que el de su compra, los regalos públicos, establecimiento de puestos, de acueductos, de calles, de teatros. Los dineros públicos constituían originariamente un fondo que los Ediles debían suplir con sus gastos propios. Esos dineros se componían en parte de sumas impuestas sobre el *aerarium* con un fin determinado, en parte de libre disposición para los Ediles por multas pronunciadas y cobradas por ellos. Compréndese con pena que la carga de los Ediles viniese con el tiempo á ser más y más considerable; un Edil vanidoso y espléndido obligaba, por ejemplo, á su sucesor á desplegar el mismo fausto, y así el gasto de día en día alcanzó proporciones colosales.

Cítanse también ejemplos de una munificencia grandiosa en favor del pueblo, suministrada por funcionarios públicos ó por personas privadas. Hacia el fin de la República es cuando el sistema de esplendideces aristocráticas alcanza todo su esplendor.»

Estas admirables reconstrucciones que Ihering ha hecho de la vida romana, nos descubren la significación del texto antes transcrito de Marciano.

El *donum* y el *munus* eran informados por un elemento gratuíto; pero el primero respondía á la más pura liberalidad, á un sentimiento espontáneo de largueza, y el segundo era como á manera de medio defensivo, habida consideración á las circunstancias sociales del pueblo romano; el *donum* era la *donatio* propiamente dicha, tal como alienta en nuestro derecho novísimo, y ha vivido en los Cuerpos jurídicos de los

tiempos medios; el *munus* era la dádiva, como dice Ulpiano, la limosna entregada al pueblo con ciertas apariencias honrosas, buscando la oportunidad de la entrada del Edil en su cargo, de los *ludi magni*, para distraer con la ocasión la hediondez de la llaga; era el remedio de la desigualdad social, el calmante de la excitación febril del proletariado.

La transmisión *inter vivos* y gratuita de los bienes tuvo en Roma estas dos manifestaciones perfectamente caracterizadas y distinguidas por los juristas.

Andando los tiempos, las donaciones propiamente dichas, fueron encarnando en la unidad del concepto jurídico, es decir, fuéronse concentrando y sistematizando. La Instituta Justiniánea nos la presenta como un contrato irrevocable, perfectible por la voluntad del donante, aunque necesitado de la *traditio*, complemento necesario que trocaba en realidad la transmisión voluntaria del bien donado.

Vemos autorizadas las promesas de donación; consentida la transferencia de la esperanza de una acción futura, *ley 3.ª, tít. 54, lib. VIII, Codex*. Iníciase la insinuación, primeramente limitada á las donaciones que excediesen de 200 sólidos, aumentada después á 500, siquiera en una Constitución Imperial (*Ley 34, tít. 54, libro VIII, Codex*), se exponga que toda donación, ya común, ya antenupcial, sólo necesita ser insinuada cuando exceda de 300 sólidos.

Se establecieron excepciones de la insinuación, fuese cualquiera la cantidad, en favor de las hechas al Príncipe (*Autentica ut non fiant*), las otorgadas en beneficio de causa pía, hasta 500 sólidos; las antenupciales realizadas en obsequio de adultos menores de edad,

las concedidas para rescate de cautivos ó reconstrucción de edificios, etc. Finalmente, aparecen las causas de revocación por superveniencia de prole y por ingratitud, decretadas, la primera por Constantino y la segunda por Justiniano.

Así, gota á gota, como las estalactitas, fuése formando el concepto romano de la donación, y rezumando, formóse de la propia substancia la estalacmita en los Códigos de los tiempos medios. Al unirse la estalactita con la estalacmita, surgió el concepto universal de donación, el que todos los Códigos modernos recogen con sus tres caracteres de contractual, gratuíto é irrevocable; el que habrá de perdurar mientras la propiedad individual no desaparezca de la haz de la tierra y haya en el corazón del hombre una sola fibra que vibre por el sentimiento del amor y del agradecimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NATURALEZA DE LAS DONACIONES

Cuatro capítulos comprende el título, y el primero en cuyo comentario vamos á penetrar hállase consagrado, según la indicación de su encabezamiento, á definir y depurar la naturaleza jurídica de las donaciones. Problema es éste que, si como tema de discusión académica, mantiene todavía alguna actualidad é interés, es por completo indiferente desde el punto de vista del derecho positivo. Acto ó contrato, contrato perfecto, como algunos mantienen, ó contrato *sui géneris*, como nos dicen con más novedad que razón, cualquiera que

sea la naturaleza de la donación, lo que importa es reconocer en ella un modo adquisitivo del dominio cualificado y diferenciado de los demás modos *inter-vivos* por la nota de la gratuidad.

Gregorio López, glosando la *ley 1.ª, tit. IV de la 5.ª Partida*, dice que *Donatio est beneficiu ex cordis nobilitate procedes quando ex libera voluntate fit.* Estas palabras encierran con notable exactitud el concepto de la *donatio* con toda la extensión que permite el prescindir de fijar de antemano si debe estimarse como acto ó como contrato.

Pero el capítulo I no se contrae sólo á expresar la naturaleza jurídica de la donación, diciendo en el artículo 618 que es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en beneficio de otra que la acepta, sino que además expone las especies por las cuales se manifiesta, donaciones remuneratorias, donaciones onerosas, *inter vivos, mortis causa;* y todavía, penetrando en cerco, si no vedado, por lo menos un tanto extraño al capítulo, manifiesta el requisito substancial merced á cuya virtud la donación se perfecciona.

Este último requisito de la aceptación no se relaciona estrechamente con la depuración de la naturaleza jurídica de las donaciones, sino con la investigación de los elementos integrales de las mismas, lo cual, si afecta á la naturaleza íntima, no es en cuanto la califica, sino en cuanto la analiza, y en tal sentido, con la misma razón podía tratarse de la aceptación, en el capítulo I, como de la revocación, toda vez que una y otra pueden filiarse como elementos ó caracteres propios de la *donatio*.

La naturaleza jurídica de la donación, según el Código patrio, es la de ser *un acto* meramente gratuito, por cuya eficacia se transmite el dominio.

Hablando y calificando con propiedad, de aquí no debió haber pasado el Código en el primer capítulo del título que vamos á comentar, sin correrías ni escapatorias por los llanos de la diversificación de la *donatio* en sus especies y por las escarpaduras de la complicada teoría de la aceptación.

Mas ya se sabe que en punto al rigor técnico del plan, el legislador español es de los de manga ancha, como suele decirse, y que pasa y perdona pecadillos de lógica expositiva, si cree descubrir en ello un medio de esclarecimiento, cuando no de aumentar el número de los capítulos.

Así como los párrafos extremadamente largos fatigan el pensamiento, y para evitarlo cumple sus oficios en la construcción gramatical, el punto ortográfico, sirviendo como estación de tránsito y reposo, de la misma manera el capítulo en la formación de un Código desempeña funciones análogas; mas así el punto como el capítulo no pueden quedar al capricho del que escribe ó legisla, y precisamente en el defecto de ser excesivamente caprichoso es en el que incurre el legislador español. Encabezar un capítulo con el lema *De la naturaleza de las donaciones* y exponer dentro del mismo la clasificación de aquéllas y los requisitos necesarios para la perfección jurídica de la *donatio*, es ciertamente demasiada libertad. Los Códigos extranjeros siguen uno de dos caminos: ó prescinden de la puntuación en sistema, que á tanto equivale omitir la división en pítulos y párrafos, ó seccionan la materia en capítulos,

si bien con algún mayor esmero y corrección que el Código de nuestro país. En el primer caso se encuentran, entre otros, los Códigos de Guatemala y Chile, y en el segundo los de Italia, Portugal y Méjico. El Código portugués, por ejemplo, consagra la sección primera á ocuparse de las donaciones en general, enunciado amplísimo, en cuyo cerco caben con holgura y sin rozamientos, así la definición de la *donatio*, como la mención y concepto de las especies de la misma, la forma de que debe ampararse y la teoría de la aceptación; la sección segunda reviste un carácter subjetivo: relaciónase con la capacidad y tiene por objeto determinar quiénes pueden hacer y recibir donaciones; finalmente, la sección tercera comprende la conocida doctrina de la revocación y reducción.

Examinaremos el capítulo primero, fijaremos el concepto de la donación, y puesto que la exégesis nos obliga á ello, apuntaremos algunas notas críticas acerca de la teoría de la aceptación, ya que su desarrollo ulterior, su verdadero complemento, hállase en el art. 629, perteneciente al segundo capítulo.

ART. 618. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

Concordancias.—Igual al art. 615 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro V, título II ley 1ª*—La donacion que es fecha por fuerza ó por miedo, non aya firmedumbre.

Fuero Real, ley 1.ª, título XII, libro III.—Maguer que qual

quier home que diere alguna cosa á otro no gela pueda despues toller...

Ley 6.ª, título XII, libro III.—Donaciones facense en dos maneras, o por manda en razon de muerte, o en sanidad sin manda; la que es fecha por manda puédala aquel que la fizo dar a otro, o retenerla para sí si quisiere: *e la que es fecha de otra guisa no la pueda toller a aquel que la dió, sino por las razones que manda la Ley;* y esto si fuere fecha la donacion así como manda la Ley (1).

Partida 5.ª, título IV, ley 1.ª—Donacion es bien fecho que nasce de nobleza, e bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia. E todo ome libre que es mayor de veynte e cinco años, puede dar lo suyo, o parte dello a quien se quisiere, maguer non lo conozca solamente que non sea aquel a quien lo da, de aquellos a quien defienden las leyes deste nuestro libro, que lo non pueden tomar. Pero si el que faze la donacion es loco, o desmemoriado, o desgastador de sus bienes, de manera que le es defendido del judgador del logar que non vse dellos, non valdria la donacion que ninguno destos fiziesse, como quier que valdria la que a ellos fiziessen.

ART. 619. Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Concordancias.—Igual al art. 616 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 5.ª, tit. IV, ley 6.ª*—Por cierta cosa, e por señaladas razones se mueuen los omes á las vegadas, a fazer donaciones á otros que si por ellas non se

(1) Evidencian estas leyes del Fuero Real la irrevocabilidad de donación *inter vivos*, y las transcribimos como antecedente de los ticulos 618 y 619, porque la definición envuelve la expresión de s caracteres integra.es de la cosa definida.

mouiessen, por auentura non farian las donaciones. E esto seria como si vn ome diesse á otro marauedis, o alguna eredad diziendo señaladamente, cuando se faze la donacion, que lo da, por que este el otro todavia guisado de cauallo, e armas, para fazerle seruicio; o si lo diesse a algund menestral, o a otro ome qualquier, e dixesse abiertamente, que gelo daua por alguna lauor, ó seruicio que le fiziesse. E porende dezimos, que si aquel que rescibiere la donación en la manera sobredicha, cumple la conuenencia, o la postura, o faze aquello porque gelo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple o non lo faze bien, puede apremiarle, que cumpla lo que prometió de fazer, o que desampare la donacion que le fizo. Otrosí dezimos, que dando vn ome a otro viña, o huerta, o eredad, o otra cosa qualquier, en esta manera; diziendo señaladamente, quando faze aquella donacion, que daua aquella cosa, porque de los frutos que saliessen della, diessen cosa cierta a algunos omes para gouierno, o para sacar catiuos, o para otra razon semejante destas si aquel que rescibe assi el donadio, cumple aquello por que gelo dieron, vale la donacion, e si no lo cumple bien lo puede reuocar. E qualquier donacion de las que son dichas en esta ley, dizen en latin sub modo; que quier tanto dezir en romance, como donadio fecho so otra manera.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 618 Y 619.—1.° *Concepto de la donación.*—De todas las nociones y conceptos jurídicos, acaso ninguno hállase tan en concordancia con el concepto y la noción vulgar y corriente, como la donación. Donar vale tanto como regalar; toda donación es un regalo, y en tal sentido nada tan fácil á la comprensión popular como la idea que informa dicho contrato. Quizás por esto es la *Donatio* la institución más definida por los Códigos modernos y aun por las legislaciones antiguas. Ninguno rehúye exponer su concepto, y no parece sino que aquella sabia advertencia de Javoleno referente al escollo que encubre toda definición de derecho, *Omnia definitio in iure civili periculosa est*, no reza para con respecto á este contrato, del cual decía el Rey Sabio en su 5.ª *Partida* que es *bien fecho que nace de nobleza e bondad de coraçon cuando es fecho sin ninguna premia.*

Donación es contrato áureo según nosotros lo hemos calificado; donación es, como dice Gregorio López, glosando el Códig-

alfonsino, beneficio que deriva de nobleza de corazón cuando se otorga con libre y espontánea voluntad; *Donatio est beneficiu ex cordis nobilitate procedes, quando ex libera voluntate fit;* donación es, finalmente, el contrato que más ennoblece, y quizás por esto mismo el contrato más universal y practicado. En la vida de un hombre podrá darse muchas veces el caso de que jamás haya impuesto censo ni constituído hipoteca, ni pactado renta vitalicia, pero seguramente ningún hombre civilizado que tenga su propia esfera de acción y desenvolvimiento, llegará al término de su vida sin haber realizado una compra-venta, sin haber contratado un arrendamiento, sin haber hecho uno de esos beneficios que proceden *ex nobilitate cordis*. Y es que estos tres contratos, la compra-venta, la donación y el arrendamiento forman el triángulo, llamémosle así, de la vida civil de relación. La compra-venta y el arrendamiento van anexos, como yedra en ruina, á la satisfacción de las necesidades corporales, el alimento, el hogar; la *donatio* responde á las expansiones del espíritu, al cariño, al agradecimiento, en muchas ocasiones á la práctica del bien por el bien mismo, y aun cuando estas expansiones morales no todos las sienten con la misma intensidad, por cuanto hay muchos que no ven sino por los ojos del egoísmo, ¿quién en presencia de una adversidad no habrá contribuído á remediarla aun con una moneda insignificante? Pues hé ahí ya una donación.

La *donatio* es, como dice Troplong, contrato de *bienfaisance*, es decir, por cuya virtud se contrae una obligación con el propósito de servir á otro. La *bienfaisance*, como afirma el mismo autor, se distingue radicalmente de la justicia. Es esta última como un punto fijo que sirve de regulador del derecho de los hombres; es una ley obligatoria en el fuero externo; por el contrario, la *bienfaisance* es libre, espontánea, discrecional, no impone al hombre una obligación perfecta: ni tiene Tribunales, ni existen acciones que compelan á su práctica, y sí contribuye á la armonía social, es en cuanto pondera los derechos respectivos.

Pasemos ahora una sumaria revista por los Códigos extranjeros, agrupando las definiciones según la donación aparezca en ellas filiada como acto ó como contrato. Daremos principio por el Código Napoleón, decano de los Códigos civiles.

Cuando el proyecto de Código napoleónico se sometió al Consejo de Estado, el artículo correspondiente calificaba á la dona-

ción de contrato. Hubo de observar el primer Cónsul que la palabra contrato requiere ó implica cargas recíprocas en los contratantes, mutualidad de prestaciones, por donde dicha expresión no cuadraba bien con el concepto de la donación. Hace notar Troplong que el Consejo de Estado, en lugar de dirigir la discusión por sus verdaderos rumbos, dilucidando la naturaleza jurídica de la *donatio*, entretúvose en disputar acerca de la conveniencia de introducir definiciones en un Código, y aprovechándose de tan ventajosa coyuntura Maleville, deslizó una enmienda, merced á la cual logró pasar la observación de Napoleón.

Por estas veredas, y en rendimiento á la impertinente observación del primer Cónsul, el art. 894 quedó redactado en la siguiente forma: *La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrevocablement de la chose donné en faveur du donataire qui l'accepte.*

Como acto la estudian y definen los Códigos de Italia, Sajonia, Chile y España; como contrato los de Portugal, Méjico y Guatemala, y adoptando un término medio, quizá el más exacto, por cuanto abarca ambas fases, la actual y la contractual, el proyecto germánico la califica de *disposición*, es decir, de modo dispositivo. Mas en lo que la conformidad de los Códigos no presenta ni el más leve roce es en la asignación de los caracteres propios y constitutivos de la donación. Dice el Código lusitano con elegante sobriedad que la donación es un contrato por el que una persona transfiere á otra *gratuitamente* una parte ó la totalidad de los bienes presentes. Copian la definición los Cuerpos civiles mejicano y guatemalteco. Expresa el Código sajón que la donación es un acto jurídico por el cual entrega una persona á otra á título *gratuito* y por largueza un objeto que representa algún valor. Manifiesta el Código de Italia, calcando el Código francés, que la donación es un acto de espontánea liberalidad por el que el donante se desprende actual é irrevocablemente de la cosa dada en favor del donatario que la acepta. Finalmente, recogiendo de aquí y de allá, el Código patrio nos da una definición que, en nuestro sentir, puede aceptarse sin reparo, con sólo limar la aspereza de una redundancia que la afea algún tanto.

Dice el art. 618 que la donación es un acto de *liberalidad* por el cual una persona dispone *gratuitamente* de una cosa en favor de otra que la acepta.

No es, ni mucho menos, que la definición del Código haya resultado una maravilla de claridad y pulimento; es que el concepto de la *donatio* es tan popular y sencillo, que basta su enunciación propia ó impropia, correcta ó incorrecta, para comprenderlo.

Por lo pronto, si el acto de disposición que la *donatio* envuelve ha de ser *gratuito*, ó, lo que es lo mismo, sin equivalencia de prestaciones, sobra lo de que la donación es un acto de liberalidad, porque ya se presume que quien se desprende gratuítamente de todo ó parte de sus bienes en obsequio de una ó más personas practica un acto liberal y de largueza. Y si se arguyere que no es lo mismo liberalidad que gratitud, por cuanto la primera responde á la intención pura del donador y la segunda á la cualidad del contrato, replicaríamos que en semejante hipótesis aún huelga más el aludido atributo, porque no puede cualificar una institución jurídica ni estimarse como carácter substancial de la misma aquel elemento que, residiendo en la conciencia del sujeto, ó, mejor dicho, refiriéndose á intenciones para lo futuro, escapa á la más sutil y alambicada previsión. Si *A*, v. gr., dona un bien á *B*, con la mira puesta en el provecho ó beneficio que piensa obtener del juego de las influencias del primero, podrá no ser acto de liberalidad, aunque sí gratuíto, el realizado por *A*, mas nadie pondrá en duda que se trata de una donación perfecta. En tal sentido, bien se puede eliminar de la definición que examinamos, sin que por ello se obscurezca el concepto, este atributo de la liberalidad, prendido por el legislador patrio en el art. 618, sin duda para comunicarle al elemento de la gratuidad tonos más encendidos y sobresalientes.

Si se nos pidiese que definiéramos la donación, no principiaríamos por filiarla de acto ó de contrato, aunque en nuestro fuero interno pensamos que contrato y muy calificado es dicha institución, sino de modo dispositivo del dominio. De esta suerte sentaríamos una verdad jurídica, con todas las generalidades propias de una buena definición. En su consecuencia, diríamos que la donación es un modo dispositivo por cuya virtud una persona transmite á otra, mediante la aceptación de ésta y por título gratuíto, parte ó la totalidad de sus bienes presentes.

2.° *Caracteres de la donación.*—Á tres los reducimos nosotros; á saber:

a) Contractualidad.
b) Gratuidad.
c) Irrevocabilidad.

Algunos Códigos y comentaristas aceptan un cuarto carácter que podríamos llamar el de la *actualidad;* pero como observa un distinguido escritor francés, conviene no proceder de ligero, sino con exquisito cuidado.

Nuestro Código establece que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones. Es, por tanto, lícita una donación condicional cuya condición consista, v. gr., en reservarse el donador durante toda su vida el usufructo de los bienes donados. ¿Existe en este caso el requisito de *actualidad* tal como lo comprenden los juristas franceses interpretando el Código napoleónico? Claro es que no: *Ergo* una nota ó carácter de mero accidente no debe mencionarse entre las que integran por permanentes y substanciales el contrato unilateral de donación.

Primer carácter.—Contractualidad.—En este lugar viene como de molde esbozar á la ligera la tan debatida cuestión relativa á si la donación es acto ó contrato. Y decimos esbozar á la ligera, porque ésta, como tantas otras, es una cuestión pasada de moda, en la cual ya se han formado los tópicos vulgares que todos los que remueven el problema repiten, y sin más aliciente que la curiosidad, exenta de transcendencia alguna positiva.

No necesitamos esforzarnos mucho para encontrar la demostración más plena del aserto anterior. En el propio Código que comentamos reside la prueba. Afirma el art. 618 que la donación es *un acto*, y muy pocos renglones más adelante, el art. 621 establece que las donaciones que hayan de producir sus efectos *inter vivos* se regirán por las disposiciones generales *de los contratos y obligaciones*. Es decir, que, á juzgar por los artículos del Código, se trata de un acto cuya naturaleza contractual es tan manifiesta, cuanto que se adapta sin la menor violencia á los preceptos que regulan los contratos; ó en otras palabras, el Código nos ofrece un contrato disfrazado con la carátula de acto. Y después de esto dígase: Si la filiación de la *donatio* fuese una cuestión transcendental desde el punto de vista del derecho positivo, ¿se concebiría, sin caer en la aberración, que un Código entreverase ambos elementos para formar esa mixtura ecléctica que tanto

autoriza á definir la donación como un acto ó como un contrato?

Mas no obstante estas diversidades de los Códigos y de los autores, la opinión se inclina resueltamente del lado del contrato. Bartolo, Ricard, Pothier, Grenier, Merlín, Troplong, Delvincourt, Coin Delisle, Marcadé, etc., entre los extranjeros, y entre los españoles Laserna, Falcón, Viso, Sánchez Román, etc., sostienen en tesis general que la donación reviste los caracteres de un contrato perfecto, si bien difieren en la apreciación particular, dentro, claro está, del concepto universalmente admitido.

Así, por ejemplo, Troplong afirma que la donación es un contrato unilateral cuando es pura y simple, mas no cuando el donador impone ciertas condiciones, porque entonces se trueca en un contrato sinalagmático.

La misma doctrina adoptan Grenier y Favre; en cambio, Merlín afirma la cualidad de contrato sinalagmático en la totalidad de las ocasiones. En sentir del distinguido civilista Sánchez Román, la donación es un contrato unilateral, porque de él nace únicamente un solo derecho, una sola obligación y una sola acción.

Y para que las opiniones puedan satisfacer á todos los gustos, Navarro Amandi piensa que la donación tiene una naturaleza jurídica *sui géneris*, porque, en su sentir, el hecho de la aceptación no es bastante para convertir en relación contractual la donación, añadiendo, para apoyar su tesis, que aceptación ó concurso de voluntades se necesita en el matrimonio, en la licencia para celebrarlo, en la tutela, en el albaceazgo y en la herencia, y no puede decirse que éstos pierdan su especial naturaleza para convertirse en verdaderos contratos. No hemos de refutar la tesis equivocada del malogrado escritor, porque su sostén no puede ser más débil y deleznable.

Nosotros opinamos que el primer carácter de la donación es la contractualidad, y nos determina á pensar así, no sólo el repetidísimo argumento de que la concurrencia necesaria de la voluntad del donante y del donador para que la donación se perfeccione acusa la existencia de una relación contractual, sino que toda transmisión de bienes *inter vivos* requiere necesariamente un contrato, sea éste unilateral, sea sinalagmático. Recuérdese aquel principio de Ulpiano: *Non potest liberalitas nollenti*

acquiri. No puede adquirir donación el que no la quiere; y aquel otro de Paulo: *Invito beneficium non datur*. Ninguno adquiere beneficio contra su voluntad. Si, pues, la transmisión de una cosa ó de un derecho en la cosa no puede realizarse sin la correspondencia armónica de las voluntades del que transmite y del que recibe, ¿qué se descubre en el fondo de la transmisión de bienes que toda donación lleva consigo, sino un contrato perfecto, y no *sui géneris*, exótico, punto menos que extravagante y distanciado de las normas generales de todos los contratos?

En la donación concurren todos los requisitos de los contratos transmisivos del dominio: lo que hay es que el elemento oneroso es sustituído por el elemento gratuito, y por esto surge, digámoslo así, la unilateralidad de la prestación: naciendo únicamente, como dice muy bien Sánchez Román, un solo derecho, una sola obligación y una sola acción.

Parangonemos la donación con la compraventa. Desde el punto de vista del sujeto existe identidad. Un sujeto que transmite, otro que recibe. Considerándolas con respecto á su finalidad jurídica, ambas se proponen la transmisión de una cosa ó de un derecho en la cosa. Si las examinamos con relación al objeto, también encontraremos perfecta semejanza entre ambos contratos. El contenido de la relación entre el sujeto y el objeto es lo que varía, porque en la *emptio venditio* la utilidad de ambos contratantes al generar el elemento oneroso produce necesariamente la mutualidad en las prestaciones, al paso que en la *donatio* la gratuidad de la transmisión excluye la reciprocidad de servicios. Pero ¿acaso esta diversidad puramente específica destruye la naturaleza contractual de la donación? En modo alguno. Esta diversidad específica caracterizada por la presencia ó ausencia del precio, da de sí la distinción jurídica de los dos contratos antedichos, constituye variedades de un mismo tipo, pero no forma categorías independientes, quebrantando el género contrato.

Pero si la prueba de que la donación es un contrato pudiera parecer algo incolora por no contar en su abono con una declaración legal, textos se encuentran en el Código que por modo más bien directo que indirecto corroboran nuestro aserto.

Declara el art. 1.261 que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.° Consentimiento de los contratantes.

2.° Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.° Causa de la obligación que se establezca.

Es, pues, inconcuso que cuando en una relación de derecho se descubra objeto, causa y consentimiento, puede aseverarse sin riesgo que allí fermenta un contrato.

En la donación concurre el objeto, toda vez que aquélla puede comprender el todo ó parte de los bienes presentes del donante, susceptibles de apropiación por estar en el comercio de los hombres.

Que existe el consentimiento es tema que no necesita discutirse, sino enunciarse, puesto que si, según el art. 1.262, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, es llano que siendo de esencia en la *donatio* la aceptación por el donatario, hay *consensus* porque en el ofrecer y el aceptar reside el consentir.

Por último: ¿qué duda cabe que coexiste la causa con los dos elementos contractuales mencionados? En los contratos de pura beneficencia, dice el art. 1.274, se entiende por causa la mera liberalidad del bienhechor.

Hay objeto, hay causa, hay consentimiento, *ergo* hay contrato, *Consensus duorum in idem placitum.*

En las alternativas de la vida, suele mostrarse al lado del sentimiento más puro de beneficencia, algo que mira al provecho particular, naciendo de este maridaje del interés con la liberalidad, ó mejor dicho, de la gratitud con la prestación exigida, ese compuesto híbrido de las donaciones onerosas ó mixtas, cabeza de contrato unilateral y cuerpo de contrato sinalagmático. Troplong, al ocuparse de las donaciones onerosas, afirma que cuando el donatario impone al donador el cumplimiento de ciertas cargas y obligaciones, tórnase el contrato sinalagmático. Nosotros rechazamos esta opinión. Así como la compraventa jamás puede convertirse en un contrato unilateral, porque esta imposible conversión, si pudiera realizarse, contrariaría la naturaleza jurídica de la *emptio venditio*, de la propia manera la donación nunca puede trocarse en un contrato sinalagmático.

Las donaciones con causa onerosa no son propiamente tales donaciones, sino en cuanto la gratuidad rebase la prestación impuesta; ofrécenos aquéllas una como á modo de conmixtión con-

tractual, donde al lado de una donación propiamente dicha, únese, compenetrándose con ella, un nuevo contrato, comprendido entre los innominados *do ut des, do ut facias*.

La donación propiamente dicha requiere el elemento de la gratuidad puro y sin aditamentos, y en el instante que se pactan obligaciones recíprocas, la *donatio* desaparece para dejar hueco al contrato sinalagmático, reapareciendo luego cuando por el exceso de la gratuidad sobre las prestaciones convenidas se vuelve á restablecer la normalidad del contrato unilateral.

Segundo carácter: Gratuidad.

He ahí el alma de la donación, la que vivifica el contrato, la que le comunica toda la nobleza y excelsitud de su origen. Donación sin gratuidad no es donación, y de tan remoto viene esta idea, que ya Ulpiano en sus *Comentarios al Edicto* decía: *Sed et hac stipulationes quae ob causam fiunt, non habent donationem;* esto es: las estipulaciones que se hacen con causa no son donaciones.

Pero la gratuidad que palpita en el seno del contrato donatorio, es una gratuidad depuradísima, pasada ya por el alambique del más noble desinterés ó altruismo, como ahora suele decirse desde que Comte puso en moda la palabra: es una gratuidad de primer grado.

En la transmisión *mortis causa* bulle también el elemento gratuito, pero no iluminado por la largueza, puesto que otorgándose el testamento en contemplación á la muerte, la idea de la vida ultraterrena excluye la posesión y disfrute de los bienes del mundo, resultando en cierto sentido una gratuidad forzosa ó de segundo grado, impuesta por la condición perecedera de todo cuanto vive sobre el planeta. Es la muerte la que impulsa á transmitir gratuítamente; es la idea de que después de rendirse á la tierra para nada sirven los campos y las casas, las monedas y las joyas; es, en una palabra, el testamento desde este punto de vista que lo examinamos en relación con la gratuidad, algo así como la donación de lo inútil; de tal suerte, que mientras la muerte no llegue, no se verifica la transmisión. A la inversa, como la donación no se realiza *mortis contemplatio*, tiene siempre por norte el beneficio del prójimo. El desprendimiento del donador cediendo sus propios bienes implica una disminución de su patrimonio, y por ende de sus comodidades, de sus gustos. ¿Cuál de las dos gratuidades es más meritoria, la del donante ó la del

testador? Evidentemente la primera; por eso hemos dicho que el alma del contrato de donación es la gratuidad de primer grado.

Y tan verdadera y fundamental es la consubstancialidad de este elemento con el contrato donatorio, que el Tribunal Supremo, en recentísima sentencia del 5 de Mayo de 1896, ha consignado los siguientes considerandos, que son la mejor consagración de la tesis que sostenemos:

Considerando que, según el art. 618 del Código civil, es la donación un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuítamente de una cosa propia en favor de otra que la acepta; de suerte *que si el acto no es gratuito, en beneficio del donatario,* si el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo determina, carece de uno de los requisitos necesarios para que pueda tenérsele y reputársele como donación:

Considerando que la renuncia de derecho formulada por un acreedor en el acto de ser requerido judicialmente por hallarse en el domicilio del deudor para que designara bienes propios de este último en que trabar embargo, carece por lo menos de uno de los requisitos esenciales para que pueda tenerse y reputarse como donación de los muebles que fueron embargados, porque aun prescindiendo de que el derecho de propiedad sobre los mismos muebles, que es lo renunciado, aparece dudoso, según las mismas confesiones del renunciante, y de que la renuncia no produjo efecto alguno, es lo cierto que ni de los términos en que está concebida se infiere necesariamente que fuera un acto de liberalidad, ni puede atribuírsele este carácter, atendidas las explicaciones dadas por ambos litigantes en este pleito sobre los hechos ocurridos; pues cualquiera de las dos versiones sostenidas respectivamente por cada uno de ellos revela la existencia de un contrato oneroso, origen de obligaciones exigibles al demandado mediante el ejercicio de la acción correspondiente é incompatibles con la naturaleza propia de la donación.

Tercer carácter: La irrevocabilidad.

No todos los Códigos definen la donación como un contrato irrevocable, y á ello sin duda contribuye el existir algunas causas taxativas de revocación; mas precisamente en la existencia de estas causas tasadas es donde reside la mayor prueba de que la donación es un contrato irrevocable por naturaleza. La irrevoca-

bilidad es la regla general, pero admite sus excepciones más ó menos justificadas, que en esto ya nos ocuparemos al comentar el cap. III del presente título.

Desde este punto de vista, la donación es la antítesis del testamento, porque así como de este último la revocabilidad es atributo esencial, por aquello de que *ambulatoria enim est voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum,* de la donación es la irrevocabilidad carácter integrante. Formado este parangón, nada más sencillo como apreciar el concepto de la irrevocabilidad. Decimos que la donación es irrevocable porque el donador no puede sin justa causa, determinada específicamente por la ley, dejarla sin efecto después de perfeccionada jurídicamente

Téngase presente que siendo la donación un modo de transmitir *inter vivos* el dominio de las cosas ó de los derechos en la cosa, la perfección contractual y el traspaso consiguiente de los derechos dominicales, eliminan la posibilidad de revocar la transmisión por la sola voluntad del transmitente. Por esto es la donación un contrato irrevocable.

***

Determinados los caracteres, enunciemos la

Donatio.—Institución jurídica cuyos yacimientos son numerosísimos, por cuanto la mina principal de donde se extrae es el corazón humano.

Cristaliza en contrato unilateral. Suele presentarse mezclada con prestaciones de servicios, formándose un cuerpo mixto, al que con manifiesto error se le denomina donación onerosa.

Tratada con el reactivo de una reciprocidad de obligaciones, se precipita en contrato sinalagmático, sobrenadando pura la donación en todo aquello no absorbido por la prestación onerosa. Disuélvese en el ácido de la ingratitud.

Tratada por la corriente magnética del cariño paternal hacia el hijo nacido con posterioridad á la donación, resuélvese también del mismo modo que al ser atacada por el ácido antes mencionado.

Tal es la donación.

***

Después de definir el art. 618 la donación, añade el 619, que es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

El mérito y el servicio prestado gratuítamente, y por lo tanto sin constituir una deuda exigible, no destruyen la liberalidad del donante.

El elemento gratuito sigue imperando en el contrato. Si hay factores homogéneos que compensan éstos, son de gratuidad, y no asomando para nada la prestación onerosa, claro es que se trata de una donación. Si de algo hay que tachar la primera mitad del art. 619, no es ciertamente de inexacta, sino de inútil, porque definidos los caracteres integrales de la donación en el artículo 618, no había para qué filiar oficiosamente un contrato abarcado ya por el aludido artículo.

Cuando se imponga al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, creemos que habrá donación en el exceso de lo cedido, sobre el gravamen, pero no respecto de aquellas cosas necesarias para la remuneración del servicio cuando constituya deuda exigible ó para la extinción de la carga en su caso.

Y con lo expuesto conceptuamos sobradamente esclarecido un artículo que, bien mirado, irradia luz propia, por cuanto basta la comprensión vulgar sin la ayuda de ilustración jurídica, para penetrar su significado.

ART. 620. Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

Concordancias.—Análogo al art. 942 del proyecto de Código de 1851 é igual al 618 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 6.ª, tit. XII, libro III del Nuevo Real.*—Donaciones facense en dos maneras, o por manda o razon de muerte ó en sanidad sin manda; la que es fecha por

manda, puedala aquel que la fizo dar a otro, o retenerla para si, si quisiere; e la que es fecha de otra guisa, no la pueda toller a aquel que la dio, sino por las razones que manda la Ley: y esto si fuere fecha la donacion asi como manda la Ley.

Ley XI, tit. IV, Partida 5.ª—A las vegadas fazen los omes donaciones, estando cuytados en enfermedades o teniendo otros peligros de que no cuydauan estorcer: e por ende queremos aqui fablar de las tales donaciones. E dezimos que la donacion que ome faze de su voluntad, estando enfermo, temiendose de la muerte, o de otro peligro, que vale. Pero tal donacion como esta, puede ser reuocada en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquel a quien es fecha, que el otro que la fizo. La segunda es, si aquel que la fizo guaresce de aquella enfermedad o estuerce de aquel peligro, porque se movia a fazer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera: ca tal donacion, como esta puede ser fecha por todo ome, que ha poder de fazer testamento: e deuese fazer delante cinco testigos á lo menos. E maguer diximos en el titulo de los testamentos que el fijo que esta en poder del padre: non puede fazer testamento: con todo esso bien puede fazer tal donacion como esta con otorgamiento de su padre, e sera valedera. E sobre todo dezimos, que si el ome fiziesse donacion, por premia que le fiziessen ó por miedo que ouiesse que le matarían, que tal donacion como esta que non valdria.

Ley 105, tit. XVIII, Part. 3.ª—Estando los fijos en poder de sus padres fazen donaciones por razon de sus muertes; e la carta deue ser fecha assi. Sepan quantos esta carta vieren, como Nicolas Fernandez estando en poder de su padre Fernan Perez; porque segun dizen las leyes deste nuestro libro, que el fijo que esta en poder de su padre non puede fazer testamento, maguer su padre gelo consienta; mas puede facer donacion en tiempo de su muerte, con plazer de su padre; por ende, el sobredicho Nicolas Fernandez, con consentimiento de su padre, mando que diessen al Hospital de Sant Miguel, de Seuilla, tantos marauedis, o a tal ome que fuera su compañero en escuelas que le diessen sus libros, o a tal ome su amigo quel diessen tal viña que es en tal lugar e ha tales linderos. E para estas mandas cumplir e pagar, establescio a su padre por su mansessor, e dixo e mando que si el guaresciese de aquella enfermedad que non valiesse aquella do-

nacion. Mas que fincasse a el en saluo. E si moriesse de aquella enfermedad, que fuesse la donacion valedera. E deue ser fecha la carta de tal donacion como esta ante cinco testigos, estando el padre delante e otorgandola.

Novísima Recopilación, lib. 10, tit. VII, ley. 1.ª—Donaciones se hacen en dos maneras: ó por manda en razon de muerte, ó en sanidad sin manda; la que es hecha por manda, pueda aquel que la hizo dar á otro ó retenerla para sí, si quisiere; y la que es hecha de otra guisa no la pueda quitar aquel que la dió, sino por las razones que manda la ley, esto si fuere hecha la donacion así como manda la ley.

Novísima Recopilación, lib. 10, tit. XVIII, ley 1.ª—Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahi a lo menos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho lugar, a lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento: y mandamos que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado, valga en quanto a las mandas y otras cosas que en el se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entonces herede aquel, que segun Derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento, y cumplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en el se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa, para que la dé a otro alguno a quien substituyere en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere acepta o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substituto lo puedan haber todo.

ART. 621. Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.

Concordancias.—Igual al art. 941 del proyecto de Código de 1851 y del 617 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 5.ª, tit. IV, ley 4.ª*—Facerse puede la donacion en quatro maneras: la primera, quando es fecha sin ninguna condicion; la segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio; la tercera, quando son presentes en algund logar el que da, e el que rescibe la donacion; la quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto en que le embie a dezir señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenudo es de complirla aquel que la faze o sus herederos.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 5.ª—So condicion faziendo algund donadio vn ome a otro, como si dixesse el que lo faze dote tal campo, o tal heredad si tu padre te sacare de su poder, si la condicion se compliesse vale el donadio, e si fallesce non vale.

Pero si acaesciesse que el padre se muriesse ante que el fijo sacare de su poder, como quier que la condicion non se complio en la manera que cuydo el que fizo la donacion, vale el donadio; porque la condicion se cumple por la muerte del padre e sale ende el fijo de su poder. Ca en este caso, e en todos los otros semejantes del, en que sea puesta condicion en qual manera quier, que se cumpla la voluntad del que la puso, vale el donadio sobre que fuera puesta.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 6.ª—Por cierta cosa e por señaladas razones se mueuen los omes a las vegadas a fazer donaciones a otros que si por ellas non se mouiessen, por auentura non farian las donaciones. E esto seria como si un ome diesse a otro maruedis o alguna eredad, diziendo señaladamente quando se face la donacion que lo da, porque este el otro todavia guisado de cauallo e armas para fazerle seruicio: o si lo diesse a algund me-

nestral, o a otro ome qualquier, e dixesse abiertamente que gelo daua por alguna lauor, o seruicio que le fiziesse. E por ende dezimos que si aquel que rescibiere la donacion, en la manera sobredicha, cumple la conuenencia, o la postura, o faze aquello porque gelo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple, o non lo faze, bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometio de fazer, o que desampare, la donacion que le fizo. Otrosi dezimos que dando vn ome a otro viña, o huerta, o eredad, o otra cosa qualquier en esta manera diziendo señaladamente quando faze aquella donacion, que daua aquella cosa, porque de los frutos que saliessen della, diessen cosa cierta a algunos omes para gouierno, o para sacar catiuos, o para otra razon semejante destas si aquel que rescibe assi el donadio, cumple aquello porque gelo dieron, vale la donacion, e si non lo cumple, bien lo puede reuocar. E qualquier donacion de las que son dichas en esta ley, dizen en latin sub modo, que quier tanto dezir en romance como donadio fecho so otra manera.

Part. 5.ª, tít. IV, ley 7.ª—Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donacion: esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno, dote tal heredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes e te aprouechés della, fasta tal dia o tal tiempo. E de aquel tiempo, en adelante, que la desampares, e que finque a mis herederos, o a otro ome alguno, qualquier que nombrasse ciertamente a quien fincasse. E por ende dezimos que la donacion que assi fue fecha, valdría fasta aquel dia, o aquel tiempo que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante, ganarian la possesion, e el señorío della, sus herederos del que ouiesse fecho la donacion, o el otro a quien nombrasse para auerla. E si por auentura quando fizo la donacion, non señalo en quien fincasse de aquel dia, en adelante, dezimos que la deuen auer, los que heredan los otros bienes, de aquel que fizo la donacion.

ART. 622. Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.

Concordancias.—Igual á los artículos 943 del proyecto de Código de 1851 y al 619 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 620, 621 Y 622.—Hállanse ligados los tres artículos por el lazo común de su referencia á otros textos del Código. Son, por decirlo así, preceptos de mera articulación y enlace, y mediante su sencillo enunciado, complementan toda la doctrina de las donaciones, ya que éstas por su varia naturaleza se adaptan así á las reglas de la contractualidad como á las de la testamentifacción.

Por los antedichos motivos nos ocuparemos de los tres artículos 620, 621 y 622 en un mismo comentario, siquiera introduzcamos las divisiones que la claridad expositiva exige y no descuidemos las cuestiones albergadas en su al parecer inofensivo contenido.

I. *Donaciones mortis causa.*

1.° *Diferente redacción de los textos vigentes del Código civil.*

Nuestros lectores saben que por ley de 26 de Mayo de 1889 se ordenó hacer una edición del Código civil con las enmiendas y adiciones que, á juicio de la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, fuesen necesarias ó convenientes, según el resultado de las discusiones habidas en ambos Cuerpos Colegisladores.

La edición se hizo, insertándose en la *Gaceta* al tenor del Real decreto de 24 de Julio de 1889, precediéndola de un prólogo ó exposición de motivos explicativo de las variaciones introducidas y adicionándola de las disposiciones transitorias, verdadero nexo entre el antiguo y el nuevo régimen legal. A raíz de este Real decreto se publicó el nuevo texto del Código en la *Gaceta de Madrid*, y el art. 620 apareció redactado en la siguiente forma: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y *se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*.

El mismo texto legal se insertó en la primera impresión oficial del Código reformado (año 1889), uno de cuyos ejemplares, auto-

rizado con el sello del Ministerio de Gracia y Justicia, tenemos á la vista. Pero en el propio año de 1889 hízose una reimpresión con diferentes caracteres tipográficos de los de la impresión primera, y en dicha reimpresión, también oficial, el art. 620 se nos ofrece redactado así:

«Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y *se regirán por las reglas establecidas para las sucesiones hereditarias.*»

La alteración del texto es manifiesta. Cierto que el sentido del artículo es idéntico: que se ha corregido el descuido, imperdonable por la ligereza que revela, de referirse el Código á un capítulo inexistente; que el art. 620 ha ganado en corrección y claridad, por cuanto se han desvanecido en parte los motivos de desconfianza y recelo que la suspicacia y la sutileza de los intérpretes hubiera podido imaginar; pero ¿quién podrá negar que esta modificación de los textos, aunque imperceptible, revela un abuso intolerable? ¿Qué disposición legal la ha autorizado?

Las leyes deben ser como los vasos sagrados; ninguna mano no ungida debe tocarlas. Y desventuradamente, en el caso que nos ocupa, algún corrector furtivo se ha creído con prerrogativas para enmendar la plana á la Comisión de Códigos. Perjuicio material no existe, porque no todo se resuelve en daño. Perjuicio moral sí le hay, siquiera no sea más que por el convencimiento adquirido de que poco menos que por arte taumatúrgico ha sido alterado un texto legal sin mediar para ello acuerdo ni ordenación visible conocida del Poder legislativo. Detenerse en esto parece á simple vista baladí. No lo es tanto como pudiera creerse.

Mas, ahora bien: ambos textos vigentes expresan la misma idea, si bien con diferentes vocablos: nosotros aceptamos la segunda versión, porque, en nuestro sentir, traduce con mayor fidelidad y lucidez el pensamiento del legislador.

2.° *Algunas nociones histórico-legales referentes á la donación* mortis causa.—*¿Subsisten en el Código patrio las donaciones por causa de muerte?*

Como quiera que las fuentes más copiosas y más auténticas del derecho de la antigüedad pertenecen á la legislación romana, sobre la cual se han cimentado los Códigos modernos, al derecho de Roma habremos de referirnos en primer término, con aquella

brevedad compatible con una obra de comentarios á la ley civil vigente.

Las donaciones *mortis causa* son de abolengo romano. Institución, como dice Ihering, de estructura anatómica diferente del legado, pero con funciones idénticas ó parecidas, preocupó ya á los jurisconsultos de su época, y las divergencias hubieron de recaer sobre si podrían ser estimadas como verdaderas donaciones ó como legados. Recuérdese que Justiniano en la Instituta, ley 1.ª, *De donationibus* (1), refiriéndose á una Constitución, *ley 4.ª, De mortis causa donationibus—Codex* (2), expresa que disputándose por los jurisconsultos si debían ser asimiladas á las mandas ó á las donaciones, por cuanto afectaban caracteres de las unas y de las otras, se estableció que *per omnia gere legatis communeretis.*

Aun cuando en el Derecho romano se inicia, como hace notar Cimbali, el rigor en la prohibición de los pactos sucesorios, no fué aquél tan extremado que no tolerase la vida legal de muchos de ellos. Verdadero pacto sucesorio fueron las donaciones *mortis causa*. Celebrábanse en contemplación á la muerte, *contemplatio mortis*. Así lo demuestra Ulpiano con referencia á Juliano, en cuanto las tres especies de donaciones *mortis causa* reconocían por motivo ó la espectativa temerosa de la muerte, aun que sin peligro inminente, ó el peligro actual, pero con ánimo de transferir inmediatamente la propiedad de la cosa donada, ó el peligro también actual, aun cuando haciendo depender la entrega de la cosa del hecho de realizarse la muerte del donante, ó lo que es igual, del cumplimiento de una condición.

---

(1) *Haec mortis causa donationes, ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere eporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant; a nobis comstitutum est, ut per omnia fere legatis communeretur, et sic procedat quemadmodum eam nostra formavit constitutio.....*

(2) *Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandan esse censuerunt, alii autem inter donationes quae inter vivos consistiunt eam posuerunt, dubietate eorum explora sancimus omnes mortis causas donationes sive iusta mortem facientis perint celebratae sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi.....*

Eran por su naturaleza revocables, probándolo así: 1.°, la ley 27, *De mortis causa donationibus et capionibus* del Digesto, tomada de Marciano, y 2.°, *la ley 35, § 2.°, Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione quae ita proficiscitur est nullo casu revocetur,* de donde se deduce á *seusu contrario* que la donación *mortis causa* era por su substancia revocable, al igual de las mandas á las que fueron equiparadas por Justiniano, aceptando el criterio de Ulpiano.

Finalmente, para demostrar más su contractualidad y su condición de verdadero pacto sucesorio, basta recordar que para la perfección de las aludidas donaciones se requería la aceptación del donatario, es decir, la coexistencia y conformidad de las dos voluntades en orden á la realización jurídica de un mismo hecho positivamente sancionado.

Las donaciones *mortis causa* eran, como afirma García Goyena, en sus comentarios al proyecto de 1851, una especie mónstruo entre los contratos y últimas voluntades, y su rasgo característico, según se desprende de las palabras de Marciano y de Paulo, estribaba en la preferencia del donante á tener la cosa donada, más bien que el donatario, y éste más bien que su heredero, y en la posibilidad de recuperar lo donado si el motivo fundamental, ó sea el hecho de la muerte, no tenía lugar.

Extraño hubiera sido que teniendo en los Cuerpos legales romanos tan marcada extensión y desarrollo las donaciones por causa de muerte, *contemplatio mortis,* no hubiesen tenido asimismo su reflejo en la legislación alfonsina.

La ley 6.ª del tit. XII del lib. III del Fuero Real, transcrita en la *Novísima Recopilación, 1.ª, tít. VII, lib. X, y la ley 11 del título IV, Part. 5.ª,* así lo demuestran, y muy especialmente esta última, en la cual se copia en punto á las solemnidades formales la constitución justiniánea inserta en el *Codex*, exigiendo la presencia de cinco testigos, siquiera la opinión de los prácticos, Matienzo y Gómez entre otros, fuese la de que las solemnidades instrumentales, debían ser las mismas que las prescritas para los testamentos nuncupativos.

Con la tendencia codificadora iníciase una nueva corriente, manifiestamente contraria á las donaciones *mortis causa*. Desaparecidas las circunstancias sociales á cuyo amparo y calor nacieron, manifiesta la identidad de factura de dichas donaciones

con los legados; fija en la mente de los civilistas franceses la idea de que los pactos sucesorios eran contrarios á la plena libertad de la propiedad, por cuanto la tornaban incierta; nota individualista profundamente exagerada de la Revolución; pretendieron los legisladores del Código napoleónico borrar todos los pactos sucesorios, y entre ellos las donaciones *mortis causa*.

Así se explica el art. 893. *On ne pourrá disposer de ses biens, á titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après etablies.* Jaubert, en la sesión de 9 de floreal del año II, exponiendo el plan del proyecto de ley, expresaba lo siguiente: La distinción de las disposiciones de última voluntad en testamentos, codicilos y donaciones por causa de muerte, dejará de subsistir. Sólo se admitirá una especie de disposiciones de última voluntad que se denominarán testamentos.

El Tribunado volvió á reiterar la prohibición, y la jurisprudencia de los Tribunales franceses adoptó igual camino. No obstante la supresión de las donaciones *mortis causa*, ciertos autores, Merlín y Toullier, han creído encontrar en los pactos nupciales y en las donaciones que se hacen entre esposos, caracteres de las antiguas donaciones *mortis causa;* pero otros autores, Grenier, Duranton, Dalloz y Marcadé rechazan la teoría, afirmando que dichas donaciones se adaptan al sistema general del Código, y que en casos no previstos particularmente deben resolverse por las reglas generales de las donaciones *inter vivos*, puesto que ya no subsisten las donaciones por causa de muerte.

Sin embargo, no todos los Códigos proceden del mismo modo. El legislador austriaco admite un sistema intermedio. No rechaza en absoluto los pactos sucesorios, pero admite las donaciones *mortis causa,* equiparándolas á los legados. Sin duda el Código de Austria hubo de inspirarse en aquellas palabras de Ulpiano que forman el contenido de la *ley 37, lib. XXXIX, tít. VI del Dig. Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendium.* Esto es: Conviene tener presente por regla general, que las donaciones por causa de muerte están comparadas con los legados; esto supuesto, todo lo que el derecho determina respecto de los legados se ha de entender también de las donaciones por causa de muerte.

En análogo pensamiento se inspira el legislador portugués

pero con una salvedad que revela, á más de criterio profundamente observador, una precisión digna de alabanza.

Expresa el art. 1.457 que las donaciones por causa de muerte toman el carácter de las disposiciones de última voluntad, y quedan sujetas á las reglas establecidas en el título de testamentos. Mas añade: Lo dispuesto en este artículo no alcanza á las donaciones por matrimonio, aunque hayan de producir su efecto después de la muerte del donante.

El Código italiano, aceptando un criterio cerrado respecto de la prohibición de los pactos sucesorios, sin embargo de contenerse en el art. 1.044 un verdadero pacto, no menciona las donaciones *mortis causa*, limitándose á definir la donación en general como un acto de mera liberalidad por el cual el donante se desprende actual é irrevocablemente de la cosa dada en favor del donatario que la acepta.

Cimbali censura con acritud los procederes del legislador italiano, afirmando que la tradición histórica condena su obra desde cualquier punto de mira que se la considere, ya que los pactos sucesorios siempre se han reconocido, bien ilimitadamente como en el antiguo Derecho franco-germano, ó con limitaciones, como en el Derecho romano y los Códigos austriaco, francés y los derogados Códigos italianos.

Viniendo ahora en el proceso de este instructivo examen comparativo al estudio de los principales Códigos americanos, obsérvase en ellos el predominio de este criterio mixto é intermedio que, sin prohibir en absoluto las donaciones *mortis causa*, las acepta, asimilándolas á las disposiciones de última voluntad.

El Código mejicano, después de sostener en el art. 2.719 que las donaciones sólo pueden celebrarse *inter-vivos*, añade en el artículo 2.720: «Las donaciones que se hagan para *después de la muerte* del donante, se regirán por las disposiciones relativas á los legados.»

Análogo principio establece el legislador de Guatemala en el artículo 744, expresando además, para mayor esclarecimiento, que la donación por causa de muerte debe hacerse con las mismas formalidades establecidas en los testamentos y por personas que sean capaces de otorgarlos y en favor de quien pueda heredar.

Por último, merecen mencionarse las disposiciones del Código

chileno, no porque introduzca novedad en el particular referente á las donaciones *mortis causa*, sino por la originalidad de su expresión jurídica.

Ante todo, divide las donaciones en consideración al carácter que estima más fundamental, ó sea al de su revocabilidad. Así es que en el art. 1.136 dice: *Donación por causa de muerte*, es lo mismo que donación revocable, y *donación inter-vivos* igual que donación irrevocable. Considerando el legislador de la República de Chile que toda donación ó promesa que no se perfeccione y torne irrevocable sino por la muerte del donador es un testamento (art. 1.000), exige que la otorgación de aquéllas se ciña estrictamente á las solemnidades instrumentales de las disposiciones de última voluntad, con la sola excepción de las donaciones entre marido y mujer.

Si la donación revocable es universal se estimará como institución hereditaria. Si es singular como institución de legado. Finalmente, se dispone que las donaciones revocables caducan por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante.

Expuesto ya este breve resumen histórico legal de las donaciones por causa de muerte, examinemos nuestro vigente Código.

No ha mucho formulábamos esta pregunta: ¿Subsisten las *donaciones mortis causa* como institución independiente, con propia autonomía y propio campo jurisdiccional? La respuesta debe ser negativa. El legislador español se ha inspirado en el mismo espíritu de transigencia y armonía que los legisladores austriaco y portugués. No le merecen, ciertamente, simpatía los pactos sucesorios, y buena prueba nos ofrece aquel art. 1.271, en el cual se establece que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros pactos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división del caudal conforme al art. 1.056, pero no ha decretado una proscripción absoluta de los mismos, evidenciando su existencia, 1.°, el art. 826, según el cual, la promesa de mejorar ó no mejorar hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales será válida, no surtiendo ningún efecto la disposición del testador contraria á la promesa, y 2.°, el art. 1.331, á cuyo tenor, los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte en la medida

marcada por las disposiciones del Código referentes á la sucesión testada. ¿No son éstos verdaderos pactos sucesorios?

Teniendo presente esta latitud permisiva de la contractualidad sucesoria, puede sostenerse que las donaciones por causa de muerte, aun cuando prevalecen en nuestro novísimo Derecho, arrastran una vida lánguida y miserable; verdadera institución anémica, mantenida merced á las trasfusiones vitales de las sucesiones testamentarias. Una excepción existe y es la concerniente á los pactos antenupciales. En estos pactos la donación *mortis causa* tiene su órbita propia, á la inversa de las donaciones *mortis causa* en general, las cuales se nos presentan como atraídas y asimiladas por las sucesiones testamentarias, formando un solo cuerpo.

De la contextura, y aun mejor del espíritu del art. 620 que comentamos, así se desprende. Lo demostraremos. Ante todo es de notar que el Código reduce la variedad estipulatoria de las donaciones *mortis causa* á una sola especie, á un tipo matriz perfectamente identificado con los caracteres que son genuínos de la especie testamentaria, legado. Por esto comienza el art. 620 con las siguientes palabras: *Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante.* El efecto legal de las donaciones, ó sea la transmisión de la propiedad ó del usufructo de la cosa donada, pende en todos los casos de una condición, es á saber: el hecho natural del fallecimiento del donador. Es lógico deducir, en su consecuencia, que aquellas antiguas donaciones de que nos hablaba Ulpiano, en cuya virtud y atendida la *contemplatio mortis*, se otorgaba la donación para que la cosa donada pasase inmediatamente á poder del donatario, ya no existen, porque no son más que una de tantas formas de la donación *inter vivos*. Los Códigos modernos adoptan, en nuestro sentir, con meditado acuerdo la máxima jurídica de que la transmisión de la propiedad de una cosa, libremente consentida, no puede destruirse y revocarse tan sólo por la voluntad contraria del que la transmitió.

Diseñando en un rasgo típico el carácter ó condición legal de las donaciones por causa de muerte, añade el art. 620 que *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, debiéndose regir por las reglas de la transmisión hereditaria. Existe en esto algo que suena á antítesis; algo que, sin rayar en la contradicción, no se resuelve por los términos de una lógica

pura y persuasiva. Se explica que el legislador español, buscando justificaciones al temperamento mixto, aceptado con respecto á la subsistencia legal de las donaciones *mortis causa*, no se haya decidido á expresar de un modo categórico la asimilación absoluta de las donaciones por causa de muerte á las mandas y legados. De aceptarla, ó, mejor dicho, de consignarla, acaso la supresión habriale parecido solución más acertada. Estas fluctuaciones de criterio explican, en nuestro sentir, por qué el art. 620 se limita á sostener que entre las donaciones *mortis causa* y las sucesiones hereditarias media cierta analogía respecto á su naturaleza legal, existen ciertos puntos de contacto, mas sin llegar á la identidad. No otra cosa denota el concepto del verbo participar: identidad en la parte, mas no en el todo. Esto sentado, definida á medias por el Código la naturaleza jurídica de las donaciones por causa de muerte, observamos que á renglon seguido establece una asimilación completa en las siguientes palabras: «*y se regirán por las reglas establecidas para las transmisiones hereditarias.*»

¡Una institución que se adapta por modo tan completo á otra; que llega á regirse por sus mismos preceptos; que por efecto de esta adaptación sólo se percibe la diferencia en el nombre con que se la distingue, y que, sin embargo, la naturaleza de dichas dos instituciones, lejos de ser idéntica, sólo hállase enlazada por algunos puntos de semejanza, ó, si se quiere, de identidad! ¿no hay aquí, como decíamos antes, algo que trasciende á antinomia?

Resolviendo la antítesis en una máxima jurídica clara y fundamental que nos sirva de punto de apoyo, podemos sentar la siguiente regla: Reducidas las donaciones *mortis causa* por el Código civil á los límites de una transmisión gratuíta de bienes, dependiente del hecho de la muerte del que transmite, su naturaleza jurídica se equipara á la de las disposiciones de última voluntad, debiéndose regir por los preceptos establecidos para las sucesiones testamentarias. He aquí el aforismo legal que se desprende del art. 620, con los tonos que son propios de un principio tan generalizador.

Trazadas las líneas de la composición, descendamos á detallar.

3.° *Caracteres de la donación mortis causa.*

Sentado el principio general á cuyo tenor las donaciones por causa de muerte se plegan rigorosamente á las disposiciones de

última voluntad, puesto que en unas y en otras su efectividad legal pende de una condición, ó sea del hecho de la muerte del testador ó del donante, nada más sencillo que exponer los caracteres de la donación *mortis causa*.

A tres los reducimos nosotros: los dos primeros indiscutibles; el tercero expuesto á controversia, más que por su incertidumbre, por su variabilidad.

a) Gratuidad de las donaciones mortis causa.

Si toda donación, como dice el Código, en tesis general, es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone *gratuitamente* de una cosa en favor de otra, no es posible negar que la gratuidad es uno de los caracteres genuínos de la donación *inter-vivos* y de la *mortis causa*. Allí donde exista el pago concertado de un servicio personal ó gravámenes impuestos que absorban la totalidad de lo donado, falta la liberalidad, y con ella el elemento puramente gratuíto que informa las donaciones.

Toda donación acusa una transmisión de bienes, pero así como en los contratos bilaterales por los cuales se transmite la propiedad de las cosas, y singularmente en los de compraventa y arrendamiento de servicios, existe una correspondencia directa é íntima entre dos elementos onerosos, la cosa y el precio, el servicio y su pago, así en la donación esta correspondencia de prestaciones onerosas es substituída por una relación jurídica unilateral en el sentido de que sólo se establece una prestación onerosa en contemplación, no á otra prestación, sino por motivos de liberalidad, determinados casi siempre por el cariño individual, por la filantropía ó por el agradecimiento. Por algo decía Jaubert, *Raport fait au Tribunat: Seance du Floreal, an II,* que la prerrogativa más eminente de la propiedad es el derecho de transmitirla voluntariamente y á título gratuíto.

Mas aunque la gratuidad es uno de los caracteres intrínsecos de las donaciones *mortis causa,* no por esto se haya de creer que sobre los bienes donados no pueden imponerse determinadas obligaciones, y mucho menos se ha de estimar que la gratuidad consiste en que la donación por causa de muerte sea pura y simple. No; podrán establecerse condiciones en la misma forma que el Código prescribe con referencia á los legados condicionales. Más adelante volveremos á insistir sobre este mismo particular, desarrollándolo.

b) Revocabilidad de las donaciones mortis causa.

Tal es, en nuestro sentir, la segunda nota ó propiedad característica de la materia que estudiamos. Es tan sencilla la demostración, que casi estamos tentados de no realizarla. Según previene el art. 737, *todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables,* aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas. Y para que el carácter substancial de la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad quedara consagrado de un modo permanente y transcendental, añadió el legislador, execrando de este modo los actos contra ley y aun el germen embozado de un pacto sucesorio: «Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras y señales.»

Es decir, que el principio de la revocabilidad de las sucesiones testamentarias campea en toda su amplitud, sin mermas ni restricciones de ningún género. Mas si las donaciones *mortis causa* se rigen por las reglas de la sucesión hereditaria, ¿podrá ponerse en duda su condición legal de esencialmente revocables?

La deducción no admite prueba en contrario, y por tan explícita declaración han dejado de tener realidad, siquiera siempre fuera un tanto problemática, aquellas suposiciones de los antiguos prácticos, según los cuales, la donación *mortis causa* podía tornarse irrevocable por la eficacia de una cláusula, en la que el donador se obligase bajo juramento á no revocarla por ninguna clase de instrumento. Fórmula sin substancia que, aunque preconizada por Gómez Matienzo, Gutiérrez, Molina, Febrero y otros, no demuestra nada en contrario de la tesis afirmada por nosotros, toda vez que los mismos escritores citados reconocen que con la antedicha cláusula la donación *mortis causa* se elevaba á la clase y esfera de la donación *inter vivos* por la virtualidad del juramento que comunicaba firmeza al contrato. Harto se comprende que la hipótesis de una donación *mortis causa* irrevocable no pasaba de la categoría de sutileza sin valor ni substancia alguna actual.

***

Llegamos al examen del tercero de los caracteres que individualizan la donación por causa de muerte. No es su individualidad todo lo definida que fuera de desear, mas esto proviene de la naturaleza mixta de la institución jurídica que estudiamos y de la vaguedad é indeterminación con que el legislador patrio ha expuesto su concepto.

Decía Ulpiano *(ley 37, lib. XXXIX, tít. VI del Digesto): Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa facta legatis comparatas.* Esto es: «Conviene recordar que las donaciones por causa de muerte hállanse comparadas á los legados.» Justiniano en su Instituta esclareció el problema asimilándolas á las mandas. En el Derecho romano existía una base legal, sólido punto de apoyo para fundamentar derivaciones jurídicas de la mayor transcendencia. Pero en el Código civil español, por sobra de deliberación ó de ligereza, no se ha partido de una base segura. El legislador romano comparó y asimiló la especie con la especie, la donación *mortis causa* con el legado. El legislador del Código compara y asimila la especie con el género, las donaciones por causa de muerte con las transmisiones hereditarias en general, naciendo de esta hetereogeneidad de los términos puestos en relación las dudas que necesariamente tienen que asaltar á todo espíritu investigador y á todo criterio lógico.

Porque el concepto de que se vale el Código, *disposiciones de última voluntad,* es complejo, no se resuelve en la unidad, sino en la dualidad; es, en una palabra, un concepto genérico que abarca las sucesiones á título universal, herencia, y las sucesiones á título singular ó particular, legado. ¿Es acaso que la donación *mortis causa,* cuando comprenda una universalidad de bienes, se ha de regir por los preceptos concernientes á la herencia, y cuando sólo se trasmita por aquélla una cosa singular, por las disposiciones relativas á los legados? ¿Es que en la primera hipótesis la donación por causa de muerte transfiere la personalidad del causante, y en la segunda hipótesis no? Algún Código extranjero ya se ha preocupado de esta distinción.

Así por ejemplo, en el art. 1.141 del Código de Chile se dice: «as donaciones revocables á título singular son legados anticidos y se regirán por las mismas reglas que estos últimos.» »nviene advertir que en el Código civil de Chile se establece una stinción entre donaciones revocables é irrevocables, pudiendo

existir donaciones *inter vivos* revocables á voluntad del donador, pero quedando el donatario, si ha habido tradición de la cosa donada, en la misma posición jurídica y sujeto á iguales deberes y con idénticas facultades que los usufructuarios. Más adelante, en el art. 1.142, léese: La donación revocable de todos los bienes ó de una cuota de ellos se mirará como una sustitución de heredéro, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante.

Debemos reconocer que el criterio del Código chileno es por su originalidad, único, á lo menos entre los Cuerpos legales que nosotros consultamos con más frecuencia. Los Códigos de Guatemala y Méjico equiparan la donación *mortis causa* á los legados. El Código de Portugal procede análogamente al nuestro.

¿Cómo resolver la duda cuya expresión se condensa en las preguntas anteriormente formuladas? Somos de parecer que, aun cuando en la apariencia nuestro Código, al relacionar la especie donación *mortis causa*, con el género sucesión testamentaria, se conduce con ligereza, borrada esta primera impresión, hay que confesar en las palabras del art. 620 el eco de una reflexiva meditación.

Las donaciones *mortis causa* se conservan en el Código como se conserva un cuerpo fósil en las vitrinas de un Museo. La asimilación entre las donaciones por causa de muerte y las transmisiones por testamento es perfecta. Carecen aquéllas, como en otro lugar de este comentario hemos expuesto, de órbita propia. No es ya una institución autónoma. Ha perdido su nacionalidad, y hoy constituye un pequeño reino federado del vasto imperio de las sucesiones testamentarias. Por esto las palabras del art. 620 hay que interpretarlas según su significado gramatical, porque tal como se encuentran escritas traducen con exactitud el pensamiento de los autores del Código. Allí donde la donación *mortis causa* abarque la universalidad de los bienes del causante, ó una parte de los bienes sin determinación de los objetos ni de su valor, allí ve el legislador español y allí deben ver los llamados por su ministerio social á aplicar las leyes, una institución hereditaria, por cuya virtud se transmite la personalidad del donador con todos sus derechos y todos sus deberes. Si algún recelo pudiera despertar la cavilación respecto de esta tesis, al parecer tan atrevida y en puridad tan sencilla é inofensiva, creemos que bastará para disiparlo la cita del art. 668, perfectamente aplicable al tema que estamos desarrollando.

Dice dicho art. 668 que el testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado. Y añade en el párrafo inmediato:

«En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara *acerca de este concepto,* valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.»

Dada la asimilación entre las donaciones por causa de muerte y las disposiciones de última voluntad, forzoso es reconocer que la cualidad jurídica de donador *mortis causa* es equivalente á la de testador. Ahora bien. Recayendo la donación sobre una universalidad de bienes á la cual le sea aplicable el concepto de herencia, ¿qué inconveniente se opone á la estricta aplicación del art. 668 del Código civil? En nuestro juicio, ninguno. Porque una donación *mortis causa* universal no es, después de todo, sino una transmisión por título hereditario. Y tanto más cierta resulta esta aseveración, si se observa que así en una como en otra existe identidad de caracteres. Ambas transmisiones son gratuítas, revocables, y lo mismo en la donación *mortis causa* que en el testamento, su efectividad depende de una condición, es á saber, el hecho de la muerte del donante ó del testador.

El tercer carácter de las donaciones por causa de muerte no tolera, según dijimos, la incertidumbre, pero sí se manifiesta variable por cuanto se resuelve en una dualidad. Sintetizaremos la idea. Las donaciones *mortis causa,* cuando abarcan una universalidad de bienes, se equiparan á la herencia, y consiguientemente, el donatario ó heredero representa la personalidad jurídica del donante ó testador.

Por el contrario. Cuando la donación *mortis causa* se contrae á un objeto concreto y determinado, á una cosa ó cosas específicas, se identifica al legado, y entonces no se considera transmitida por la aceptación la personalidad del causante.

Ciertamente las conclusiones á las cuales nos conduce el análisis podrán parecer ó extremadamente sutiles ó acaso demasiado triviales. Sin duda los que así nos juzguen tendrán razón; pero antes de pronunciar su fallo procuren no olvidar que, como antes hemos dicho, las donaciones *mortis causa* representan en el articulado de nuestro Código análogo papel al de las momias faraónicas en las vitrinas del Museo de Bulaq, en el Cairo.

4.° *Quiénes pueden otorgar donaciones mortis causa.*

El signo zodiacal de Géminis tiene su equivalencia jurídica en el art. 620 del Código civil.

La donación *mortis causa* es la hermana gemela de la sucesión testamentaria.

Por dicha circunstancia ambas regulan su existencia legal por los mismos preceptos.

Tienen capacidad para otorgar donaciones *mortis causa* todos aquellos á quienes la ley no les prohíba expresamente disponer de sus bienes por testamento.

Están incapacitados para donar por causa de muerte:

1.° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.° Los que habitual ó accidentalmente no se hallaren en su sano juicio.

Para apreciar la capacidad del donador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar la donación.

a) Restricciones impuestas á la capacidad para donar por causa de muerte.

Creemos aplicables los artículos 752, 753 y 754 en cuanto limitan la capacidad por razón del sujeto en quien recae la transmisión. En su consecuencia, no producirán efecto las donaciones *mortis causa* que haga el donador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su Iglesia, Cabildo, Comunidad ó Instituto.

Tampoco surtirá efecto la donación *mortis causa* del pupilo en favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación, si bien serán válidas las disposiciones que el pupilo hiciese en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

El donador no podrá disponer del todo ó parte de sus bienes en favor del Notario que autorice la escritura de donación, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado.

b) Quiénes pueden recibir donaciones mortis causa.

Tienen capacidad para recibir donaciones *mortis causa* todos los que puedan suceder por testamento.

Se exceptúan: 1.° Las criaturas abortivas, entendiéndose [illegible] les las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. [illegible].

2.° Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

3.° Las personas incapaces de suceder por causa de indignidad.

Debemos, por último, hacer presente, antes de pasar á otro extremo, que para calificar la capacidad del donatario deberá atenderse al tiempo de la muerte del donador, y no al del otorgamiento de la escritura de donación.

5.° *De las donaciones mortis causa onerosas y condicionales.*

Llámanse donaciones onerosas aquellas en las cuales se impone una obligación.

Denomínanse condicionales las que se hacen depender del cumplimiento de una condición.

Si, á tenor del art. 700, las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, pueden hacerse bajo condición, y si, según el art. 858, el testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo á su heredero, sino también á los legatarios; es indiscutible que hallándose equiparadas las donaciones *mortis causa* á las disposiciones de última voluntad, pueden aquéllas otorgarse, bien bajo condición, ó bien imponiendo determinadas obligaciones.

Rigen los artículos contenidos en las secciones 4.ª y 10, capítulo II, tít. III, lib. III del Código civil.

Expondremos solamente los más principales.

Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y en nada perjudicarán al donatario, aun cuando el donante disponga otra cosa.

La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viudas por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Será nula la donación *mortis causa* hecha bajo la condición de que el donatario haga en su testamento alguna disposición en favor del donante ó de otra persona. Explícase esta nulidad porque en otro caso sancionaríase la validez de esos pactos sucesorios, cuya represión hállase tan en moda, singularmente en las legislaciones de los pueblos latinos.

La expresión del objeto de la donación ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el donante ó la carga que el mismo im-

pusiere, no se reputarán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Cuando el donante gravare la donación con alguna carga onerosa, el donatario no estará obligado á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de lo donado.

6.° *De la caducidad de las donaciones mortis causa.*—Ajustándonos estrictamente al Código, toda vez que en la materiaque nos ocupa rige con carácter exclusivista el principio de la analogía, no podemos menos de reducir nuestro trabajo á los límites de una mera exposición.

Quedará sin efecto la donación:

1.° Si el donante transforma la cosa donada de modo que no conserve la forma ni la denominación que tuviera.

2.° Si el donante enajena por cualquier título ó causa la cosa donada ó parte de ella, entendiéndose en este último caso que la donación queda sólo sin efecto respecto á la parte enajenada.

Si después de la enajenación volviese la cosa al dominio del donador, aunque sea por la nulidad del contrato, no tendrá después de este hecho fuerza la donación, salvo el caso en que la readquisición se verifique por pacto de retroventa.

3.° Si la cosa donada perece del todo viviendo el donante ó después de su muerte sin culpa.

Caduca la donación de un crédito contra tercero ó la de liberación de una deuda del donatario, cuando el donante, después de haber otorgado la donación, demandase judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya verificado al tiempo del fallecimiento.

***

Plegándose rigorosamente á la *ley 9.ª, tit. IV de la Partida 5.ª*, admitían los antiguos prácticos tres motivos por los cuales la donación *mortis causa* quedaba sin efecto. El primero era: *Si se muere antes aquel á quien es fecha que el otro que la fizo.* El segundo: *Si aquél que la fizo guarece de aquella enfermedad ó estuerce de aquel peligro porque se movia á hacer la donacion.* El tercero: *Si se arrepiente ante que muera.* Subsiste este tercer motivo en cuanto la revocabilidad es uno de los caracteres genuínos de la donación por causa de muerte. Ha desaparecido el segundo,

toda vez que si en los tiempos medios y por la fuerza de las inspiraciones del Derecho romano pudo la *contemplatio mortis* generar la tradición de la cosa donada, perfeccionándose una donación *mortis causa*, hoy esta última, al igualarse á los legados, sólo surte sus efectos, como dice el Código, por muerte del donante. Mas ahora bien: ¿Prevalece la causa primera de las expuestas por la ley de Partidas? ¿Debe considerarse ineficaz, caducada, una donación *mortis causa* cuando el donatario fallece antes que el donante?

Respondemos afirmativamente. El Código patrio no lo dispone así con palabras precisas y categóricas; pero esto no merma un punto el rigor de la respuesta. Para comprender la exactitud de la contestación, es suficiente formular la pregunta del siguiente modo: ¿Transmite el donatario que fallece antes que el donante, algún derecho sobre la cosa donada á su sucesor? La respuesta negativa de la segunda interrogación envuelve la contestación afirmativa de la primera. Concederle algún derecho al sucesor del donatario dada la hipótesis imaginada, valdría tanto como aniquilar el principio indiscutido de que las disposiciones de última voluntad son actos esencialmente revocables.

Toda transmisión testamentaria, y claro está que nos referimos á las emanadas de la libre voluntad, y en manera alguna á las ordenadas por el imperativo absoluto de la ley, depende siempre del hecho de la muerte del testador. Mientras esta circunstancia no suceda, la expectativa no se convierte en realidad.

Con respecto á las donaciones *mortis causa*, bien puede afirmarse, aplicando la misma doctrina, que en tanto el donador no fallezca, no hay donación.

Porque, aun cuando la afirmación que precede parezca paradógica, ¿es factible la transmisión de derechos que no existen; de expectativas que tienen todos los tintes de la ilusión y ninguno de la realidad; nebulosas, por decirlo así, aún no condensadas? Y si en la relación jurídica para lo futuro que toda donación *mortis causa* acusa, en cuanto su efectividad pende de una condición, se elimina el sujeto en quien debe recaer el beneficio de la acción liberal del donador, ¿qué queda?

Pero además, los textos legales vigentes se encargan de confirmar este criterio tan elemental y tan sencillo.

Los artículos 880, 881 y 882 del Código vigente no son sino corolarios del teorema fundamental ya expuesto.

Dice así el art. 880: «Legada una pensión [periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período *así que muera el testador...*»

El artículo siguiente es aún más explícito: «El legatario *adquiere derecho* á los legados puros y simples *desde la muerte del testador* y lo transmite á sus herederos.»

El legado puro y simple es el arquetipo, el único que el legislador pudo tener en cuenta para sancionar el precepto general. En punto á los condicionales, evidente es que el derecho del donatario cobrará vida cuando la condición se cumpla, pero tanto en uno como en otro caso, y aun cuando mantengan liturgia propia, habrán de subordinarse al dogma fundamentalísimo, según el cual la efectividad de todo legado, y consiguientemente de toda donación *mortis causa,* encuentra su causa primordial en el fallecimiento del testador ó del donante. Podrá decirse que el *dies cedit* y el *dies venit* concurrirán en el mismo momento de la existencia de la condición en aquellas donaciones condicionales ó á día incierto. Después de todo, estas claves de Derecho romano, un tanto amarillentas por la patina de los siglos, se van tornando borrosas, y hay Códigos, incluso el nuestro, que no las siguen rigorosamente. Prueba de ello es el art. 799, á cuyo tenor la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Por todo cuanto dejamos expuesto se afirma más en nuestro ánimo la convicción de que la donación *mortis causa* caduca cuando el donatario fallece antes que el donante. Ninguna novedad envuelve la regla, antes bien su arcaismo es notorio y si el Código ha guardado silencio, debido es á que la estela de las donaciones por causa de muerte va perdiéndose á medida que se alejan en la sucesión de los siglos los tiempos de la antigua Roma. Hoy su rastro casi no se vislumbra en la superficie de nuestro Código. Cuando tratemos la sutil doctrina del derecho de acrecer en los legados, volveremos á referirnos á la caducidad de las donaciones por causa de muerte. Baste por ahora con lo expuesto.

7.° *De otras analogías entre las donaciones* mortis causa *y los legados.*

a) En ambas es posible la sustitución. Así se desprende del

artículo que comentamos, relacionado con el 789, según el cual, todo lo dispuesto en la Sección tercera, cap. II, tít. III, libro tercero respecto á los herederos, se entenderá también aplicable á los legatarios.

b) El derecho de acrecer es también común á los legados y á las donaciones por causa de muerte, confirmándolo así el art. 987 al disponer que el derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos.

Mas para que el derecho de acrecer pueda ser viable en las donaciones *mortis causa,* se requieren estos requisitos:

1.° Pluralidad de donatarios.

2.° Unidad de la cosa donada sin especial designación de partes para cada uno de los donatarios.

3.° Que uno de los donatarios fallezca antes que el donante ó renuncie la donación ó se incapacite para suceder.

Bien mirado, el derecho de acrecer supone una comunidad en la cosa donada, toda vez que cada uno de los donatarios participa en la misma por una cuota no limitada ni distinta, si no conjuntas, formando un todo. Pero esta comunidad, verdadera base del derecho de acrecer, hállase, digámoslo así, sin sustentación sólida, ya que basta la voluntad del donante para destruir la donación. Sin embargo, si los elementos que hemos señalado y que son propios de la comunidad, no coexisten al ceder el día, ó lo que es lo mismo, al fallecimiento del testador, el derecho de acrecer no puede existir, porque falta el medio ambiente apto para su desenvolvimiento y vida legal. El otro requisito, relativo al fallecimiento de uno de los donatarios antes que el donante, se explica lógicamente, porque de sobrevivirle transmitiría su derecho á los herederos, no pudiendo ocurrir esto en los casos de renuncia é incapacidad para suceder, porque el donatario, voluntaria ó forzosamente, pierde todos sus derechos sobre la donación, y es claro que quien nada tiene nada puede transmitir.

c) Otro de los extremos donde se revela la solidaridad de las donaciones por causa de muerte y de los legados, es en lo concerniente á la reducción á que una y otra hállanse sometidas. La reducción de las donaciones *mortis causa,* lo mismo que la de los legados, hállase en íntima correlación con la mayor ó menor libertad del testador en la disposición de sus bienes. El que no tu-

viere herederos forzosos puede disponer por testamento, según preceptúa el art. 763, de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.

Mas el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer libremente de sus bienes en cuanto no quebrante las asignaciones legales, mermando las cuotas á que aquéllos tienen derecho. He aquí el origen, el fundamento jurídico de la reducción en las donaciones que estamos estudiando.

Los preceptos que rigen son los siguientes:

Art. 817. Las disposiciones testamentarias (legados, donaciones *mortis causa)* que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán á petición de éstos en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

Art. 820. Fijada la legítima se hará la reducción como sigue:

1.° Se respetarán las donaciones (refiérese el artículo á las donaciones *inter vivos)* mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuese, las mandas hechas en testamento.

2.° *La reducción de las mandas se hará á prorrata sin distinción alguna.*

Si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima.

Las palabras subrayadas son las genuínamente aplicables por efecto de la equiparación decretada por el artículo que comentamos.

d) La última de las analogías más salientes entre los legados y las donaciones por causa de muerte, consiste en que así unos como otros, cuando han sido otorgados en favor de un descendiente se reputan mejora:

1.° Cuando el donante ó testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad.

2.° Cuando el legado ó la donación no quepa en la parte de libre disposición, ó sea en el tercio de la herencia.

8.° *Solemnidades instrumentales de la donación mortis causa.*

a) Regla general.

Ya hubo de suscitarse esta misma duda entre los antiguos prácticos.

Algunos autores, fundándose en la *ley 9.ª, tit. IV, Part. 5.ª*

y en la 105, tit. XVIII de la 3.ª Partida, consideraron factible la otorgación de las donaciones *mortis causa* por virtud de carta pública á la que concurrieran cinco testigos.

Otros civilistas, entre ellos Matienzo y Gómez, sostuvieron, en nuestro sentir con mayor fundamento, que la otorgación había de verificarse con las mismas solemnidades prescritas para los testamentos nuncupativos, por la *ley 4.ª, tit. XVIII de la Novísima Recopilación,* exigiéndolo así el tratarse de una disposición de última voluntad, revocable por su naturaleza hasta la muerte. Febrero y Escriche autorizaron con su asentimiento las antedichas opiniones.

El proyecto de Código de 1851 navegó entre dos aguas. Requerido de un lado por la sugestión del Código napoleónico, y de otro por el atrayente influjo de nuestras tradiciones jurídicas, toleró, en su art. 942, que las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistiesen en una cosa específica no fungible, pudieran hacerse *inter vivos,* y se rigieran por las disposiciones concernientes á las mismas; pero añadió, á renglón seguido: «mas si tuvieran por objeto el todo ó una parte alícuota de los bienes del donador, ó una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades.»

Es decir, que al legislador de 1851 se le impuso, con fuerza irresistible, la regla lógica de que admitida la asimilación por el todo, no era posible consentir la disparidad por la parte.

En aquellos Códigos como el de Guatemala donde la donación por causa de muerte ha sido desenvuelta con alguna mayor amplitud, encuéntrase un texto legal donde se dispone que dicha donación se otorgue con las mismas formalidades establecidas en los testamentos.

Qué más. El Tribunal Supremo ha dejado entrever su criterio en una sentencia, que aun cuando anterior al Código, tiene por lo menos valor doctrinal. En la sentencia de 12 de Noviembre de 1862 se expresa que las donaciones *mortis causa* son por regla general revocables por otras disposiciones de carácter testamentario que se hagan con las solemnidades que las leyes requieren.

Si no bastara esta unanimidad de los antiguos prácticos, de los Códigos civiles extranjeros y aun de las decisiones del Supremo Tribunal de Justicia, disiparía todas las dudas el mismo

artículo 620 que estamos comentando al asimilar las donaciones por causa de muerte á las disposiciones de última voluntad.

Todas las formas testamentarias son igualmente aceptables para transmitir por donación *mortis causa*. El testamento nuncupativo, el testamento cerrado, el ológrafo y los llamados testamentos especiales, militar, marítimo y otorgado en país extranjero.

La regla general es, por lo tanto, la de que las donaciones por causa de muerte han de otorgarse en igual forma y con las mismas solemnidades que los testamentos.

Si así no fuera, podría darse el caso de que una escritura otorgada sin las solemnidades instrumentales de las disposiciones de última voluntad pudiera revocar en parte un testamento en el cual se hubiese instituído una donación *mortis causa*, contraviniéndose con ello el art. 738, sancionador del principio de que el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

La donación puede ser instituída en virtud de una cédula privada, pero en semejante caso no debe en modo alguno prescindirse de lo prescrito por el art. 672, cuyo contenido, lejos de contrariar la regla general, la confirma categóricamente.

Dice así el art. 672: Toda disposición que sobre institución de herederos, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

b) Excepción á la regla general.—No todas las donaciones por causa de muerte se someten á las solemnidades formales de las disposiciones testamentarias. Exceptúanse las donaciones pactadas en las capitulaciones matrimoniales. Prueba de ello la constituyen los siguientes artículos.

Los desposados, dice el art. 1.331, pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y *respecto de los futuros sólo para el caso de muerte en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes á la sucesión testada.*

Ahora bien: prescribe el art. 1.321 que las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública otortada antes de la celebración del matrimonio.

Hasta cierto punto justifícase esta excepción por su carácter marcadamente contractual. Verdad es que, como piensa Cimbali, en el testamento concurren los requisitos del contrato, pero en parte alguna como en el art. 1.331 hállase tan de relieve el pacto sucesorio.

II. *Donaciones inter vivos.*

Tomándolo literalmente del art. 941 del proyecto de 1851, establece el art. 621 del Código vigente que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título que estamos comentando. Artículo de mera referencia, repele todo comentario, y fuera por otra parte labor fatigosísima é inútil relacionar en este sitio todos aquellos preceptos aplicables, dado el carácter contractual que de buen grado reconoce el Código en las donaciones *inter vivos*.

1.° *Donaciones con causa onerosa: Donaciones remuneratorias.*

Ya hemos tenido ocasión de exponer que las donaciones han sido clasificadas por las leyes y por los autores en donaciones *inter vivos* y *mortis causa*. Las donaciones *inter vivos* se dividen á su vez en propias é impropias. Dentro de las propias hallánse comprendidas las puras ó simples, y las remuneratorias. En la categoría de las impropias colocamos nostrotros únicamente las donaciones condicionales. Las llamadas donaciones onerosas revisten un temperamento mixto en cuanto alternan en ellas caracteres puramente contractuales y de mera liberalidad, predominando estos últimos, porque de no ser así no podrían ser calificadas de donaciones.

Dicho esto por vía de recordación, observamos que el art. 622 expresa que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del título que estamos comentando *en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.*

Sinceramente creemos que el artículo es defectuosísimo. Es más, pensamos que el legislador patrio no ha llegado á comprender el carácter de las donaciones remuneratorias; pero como no nos ciega el amor propio, ni nos mueve el deseo de fustigar al Código, vamos con toda llaneza á reflejar nuestro criterio, que acaso sea el erróneo.

Para proceder con método, lo primero es demarcar con exac-

titud el terreno de la discusión y la naturaleza de la cosa discutida.

El Código patrio trata de las donaciones onerosas y de las remuneratorias, pero omite su definición. Sin embargo, en el artículo 619 hállanse, como ya hemos visto en anteriores comentarios, los elementos precisos para delinear su concepto.

Si es donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, nadie negará que semejantes actos de liberalidad se denominan jurídicamente donaciones remuneratorias. Y si también es donación aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior á lo donado, tampoco podrá dudarse que á estos actos se designan en Derecho con el nombre de donaciones onerosas. El Código portugués, tan notable por su corrección científica, define la donación onerosa diciendo que es aquella que implica alguna obligación, y remuneratoria la que se hace en atención á servicios recibidos por el donante que no revisten la naturaleza de deudas exigibles. Basta poner en parangón las definiciones deducidas estrictamente del art. 619 del Código español y las consignadas en el 1.454 del Código lusitano, para poder aseverar sin escrúpulo de ser contradichos, que las definiciones de ambos Cuerpos civiles respecto al punto que estudiamos, hállanse ligadas por el vínculo de la identidad de concepto.

Nada tiene de extraño que el art. 621 establezca que las donaciones con causa onerosa se rijan por las reglas de los contratos. Después de todo, ninguna donación ofrece tan de resalte los caracteres de la contractualidad.

Si en la donación pura y simple, allí donde la liberalidad se muestra profusa y sin restricciones, admite el Código la coexistencia legal de las disposiciones generales referentes á contratos y obligaciones, ¿cómo no había de admitirlas en estas donaciones onerosas, donde por la reciprocidad de prestaciones, más que las curvas alegres de la expansión, punto menos que pródigas, se alzan ante nuestros ojos las líneas severas del contrato bilateral? ¿Cómo no habrán de regir las reglas de la contratación, si estas donaciones onerosas son las sirenas de las fábulas griegas, cabeza de donación y cuerpo de contrato?

Pero por esto mismo falta en el Código un precepto. Las do-

naciones onerosas se regularán por los preceptos relativos á los contratos en la parte que tengan de contrato. Pero ¿y en lo que exceda de las prestaciones recíprocas? ¿Y en lo que domine la liberalidad? ¿Y en lo que sea disposición puramente gratuíta? Dicen los Códigos de Méjico y de Portugal en sus artículos respectivos 2.718 y 1.455, que cuando la donación sea onerosa sólo se considerará donación en la parte que exceda lo transmitido al valor de las obligaciones impuestas.

Innecesario es decir que el contenido del precepto es rigorosamente aplicable en nuestro Derecho, y que, por tanto, las donaciones onerosas en la parte que excedan al valor de las prestaciones pactadas se regirán por las disposiciones del tít. II, libro 3.º del Código civil.

Mas si por lo que respecta á las donaciones onerosas, el legislador no pecó por inexactitud, sino por cortedad, en cambio, por lo que atañe á las donaciones remuneratorias, ha estampado en las páginas del Código una regla cuyo alcance y penetración es de todo punto incomprensible. A nuestro juicio, en la segunda mitad del art. 622 se comete pecado grave de contradicción.

Colacionaremos ante todo algunos antecedentes. En el proyecto de Código de 1851 decíase en el art. 943 que las donaciones á título oneroso se regirían en todo como los contratos de igual clase; y *las remuneratorias* por las disposiciones del título respectivo, siempre que en la causa de remuneración concurriesen todas las cualidades requeridas en el art. 997 y siguientes, ó lo que es igual, siempre que la liberalidad del donador (causa) fuese lícita y verdadera.

El legislador de 1851 prescindió de adicionar el art. 943, presentándolo despojado de esa modalidad cualificativa que desde luego se percibe en el 622 del Código vigente. Y su conducta fué muy lógica. Los civilistas de 1851, redactores del proyecto de Código, hubieron de considerar las donaciones remuneratorias, prescindiendo de la causa impulsiva del donador, no en lo tocante á su licitud y verdad, porque en lo pertinente á esto fueron extremadamente exactos, sino en punto á la estimación material, al valor apreciable cuantitativo del servicio remunerado. Sin duda por eso, y siguiendo inspiraciones romanas, comprendieron las donaciones remuneratorias entre las llamadas propias, de las cuales dice Juliano en la *ley 1.ª, tít. V, lib. XXXIX del Digesto,*

que se otorgan con intención de que la cosa que se done se haga inmediatamente del que la recibe, y en ningún caso vuelva al que la donó, y sólo se hace por causas de liberalidad que quiere ejercer el que dona.

Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fierit, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullan aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.

Prueban cumplidamente la anterior aserción las mismas palabras de Goyena en sus *Concordancias, Motivos y Comentarios del Proyecto de Código de 1851.* En las donaciones remuneratorias, dice, resplandece igualmente la liberalidad, puesto que se hacen *nullo jure cogente:* la gratitud no produce en derecho ninguno de los efectos civiles atribuídos á otras obligaciones naturales.

Por otra parte, ¿quién es capaz de apreciar exactamente el valor del beneficio ó servicio recibido que se pretende remunerar? La salud y la libertad son cosas inestimables; el valor de un servicio ó beneficio varía mucho según las circunstancias del que lo hace y del que lo recibe. Y, sin embargo, sería precisa una regla segura de apreciación para admitir las diferencias que según he observado hacen los autores y que ellos mismos no se atreven á admitir en ciertos casos.»

Conocido es el criterio predominante al formarse el proyecto de Código, al que nos venimos refiriendo, acerca de las donaciones remuneratorias, criterio que es, asimismo, el del Código lusitano, y el más acomodado á los principios científicos. ¿Ha modificado el Código vigente el concepto de las donaciones remuneratorias?

Categóricamente respondemos en sentido negativo. El legislador de 1889, lo mismo que el de 1851, no aprecia la causa impulsiva de las antedichas donaciones por su estimación pecuniaria como valor compensable.

La apreciación de la causa es meramente jurídica, como tal causa, en cuanto pueda ser lícita ó ilícita, verdadera ó falsa. Y la mayor demostración que podemos ofrecer estriba en las palabras del art. 619. Helas aquí: Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, *siempre que no constituyan deudas exigibles.*

¿Cabe mayor y más expresa desestimación de la causa impul-

siva del donante? ¿No se prescinde en absoluto del servicio remunerado bajo el aspecto meramente jurídico de obligación en cuanto por su no exigibilidad se le priva de los caracteres propios de todo factor compensable?

La causa, por tanto, en las donaciones remuneratorias reside en los fueros de la conveniencia y no transciende al orden jurídico, porque no tiene ni aun la condición de las obligaciones meramente naturales.

Y siendo esto así, ¿cómo se explica que el Código patrio declare en el art. 622 que las donaciones remuneratorias se rigen por las disposiciones del tít. II, lib. III, *en la parte que excedan del gravamen impuesto?*

Si las donaciones remuneratorias son donaciones propiamente tales, porque el legislador, en el mero hecho de no erigir en deuda exigible el servicio prestado, elimina la causa impulsiva del donante; si las donaciones remuneratorias son por su esencia donaciones puras y simples, puesto que todo lo demás es cuestión de nombre, ¿qué gravamen impuesto es ese al que el artículo que comentamos se refiere? Porque si se impone un gravamen, entonces ya no son donaciones remuneratorias, sino onerosas. Una de dos: ó el art. 620 en su segunda mitad es un enigma que no podemos descifrar, ó una contradicción inexplicable.

¡Cuánto más llano y más científico hubiera sido trasladar literalmente el art. 943 del proyecto de Código de 1851!

ART. 623. La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Concordancias.—Análogo al art. 945 del proyecto de Código de 1851, é igual al 620 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tit. XII, ley 10.*—Por que acaesce muchas vegadas, que algun home quiere ar heredad a otri, o otra cosa que no es en el Lugar do estan, andamos que la donacion no sea por tal razon desfecha, si la ciere ende carta e gela diere; e si despues aquel que fizo la carta e la donacion e gela dio, dixere que aquella carta no gela dio

mas que le fue furtada: si la carta no fue fecha asi como manda la Ley, vala la carta, e la donacion, si el no pudiere probar que le fue furtada; e si la carta no fuere fecha asi como manda la Ley, si probare aquel que tiene la carta de donacion, que gela dio, vala; e si lo no probare, que no vala la donacion. Otrosi, mandamos, que si alguno fiziere carta de donacion de sus cosas a otri, e la carta tuviere el que la fizo, e no la diere, puedagela toller, si quisiere, e darla a otri, o fazer della lo que quisiere; e si teniendo la carta entrega, muriere, y en la vida, o en la muerte no le mandare nada, ni fiziere ninguna cosa de aquello que es escripto en la carta, vala la donacion, y hayala aquel á cuyo nombre fue fecha la carta, si fuere vivo; ea si muriere antes que resciba la donacion, los herederos de aquel que fizo la donacion lo hereden; e si alguno diere su cosa á otri, en tal manera que le tenga el que la da en su vida, y despues que finque a aquel que la da, porque tal donacion es semejable á las otras donaciones que se facen en mandas por razon de muerte; mandamos que el dueño de la cosa puede mudar su voluntad quando quisiere, maguer que no sea en alguna culpa a aquel a quien fue fecha la donacion; pero si por razon de aquella donacion, alguna mision fizo a provecho de aquel que gela daba, el, o sus herederos, sean tenudos de dar aquella mision que fizo, mas si por aventura aquá quien fue fecha alguna donacion la rescibiere, o la fuere dada por carta, e la carta tuviere en su poder, e despues destas cosas, o alguna dellas, aquello que le fue dado diere a aquel que gelo dio que lo tenga en sus dias, e le sufriere que lo tenga, por esto no pierda nada de derecho quando quier que muera el otro; e si el muriere antes del, puedalo meter en su manda segun su voluntad; e si no ficiere manda, hayanlo sus herederos.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 1.ª—(Véase en el art. 618.)

Partida 5.ª, tit. IV, ley 4.ª—...E quando la donacion es fecha simplemente por carta o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenudo es de compliria aquel que la faze, o sus herederos...

COMENTARIO.—Principio conocidísimo es el de que los contratos se perfeccionan por la unanimidad volitiva de los sujetos que pactan en orden al fin de la convención. Cuando la voluntad de los que estipulan coincide, entonces existe el contrato. Así

explica el art. 1.258, á cuyo tenor los contratos *se perfeccionan por el mero consentimiento* y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley.

Por esto también se comprende que la compra-venta, prototipo de los contratos bilaterales consensuales, se perfeccione entre comprador y vendedor y sea obligatoria para ambos mediante el *consentimiento* en la cosa y en el precio, aun cuando ni la una ni el otro se hayan entregado.

Y únicamente como una excepción de este principio general se concibe el art. 623, exigiendo para la perfección legal de las donaciones, no la aceptación del donatario equivalente al consentimiento, sino que aquella llegue por modo auténtico al conocimiento del donador.

El origen de esta excepción no hay que buscarlo en los ya remotos tiempos de la legislación romana.

Tanto en el Digesto como en la Instituta Justiniánea, se subordinan expresamente las donaciones al precepto universal de que los contratos se perfeccionan por el consentimiento. Javoleno, en la *ley 55, tit. XLIV, libro VII del Digesto*, dice: *...Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod incohatur, non potest.* Esto es: ...porque no se puede contraer venta, donación, arrendamiento ni cualquiera otro contrato sin que intervenga la voluntad de que se perfeccione el contrato ya empezado.

Y en la *ley 2ª, tit. VII, libro II de la Instituta* se lee: *Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit.*

En la legislación alfonsina, si bien no existe disposición expresa sobre el momento en que se han de considerar perfectas las donaciones *intervivos*, de la contextura de las diversas leyes que componen el título síguese el sometimiento al precepto romano, es, después de todo, el general de todos los contratos.

En el derecho consuetudinario francés asoma por vez primera ritualismo impuesto como aditamento necesario para la perfibilidad contractual de las donaciones *inter-vivos*. Del derecho suetudinario francés pasa á las Ordenanzas de 1731 del cé-

lebre D'Aguesseau, de las Ordenanzas al art. 932 del Código Napoleon, y de aquí se extiende por la generalidad de las legislaciones civiles extranjeras.

Un distinguido autor francés opina que la razón de esta exigencia formal se explica por la marcada aversión con que la legislación francesa ha visto constantemente todos aquellos actos por los cuales una persona se despoja gratuitamente de sus bienes. El legislador ha pretendido rodear de multiplicados requisitos la donaciones *inter-vivos*, para acumular en su derredor todos los motivos posibles de nulidad.

El Tribuno Jaubert *(sesión del 9 de floreal, año II)*, explicando el contenido del art. 932, fuente originaria del 623 de nuestro Código, se expresa del siguiente modo:

«La aceptación es de esencia en las donaciones. Mientras que la aceptación no se verifica, el donador permanece siendo propietario de la cosa y en libertad de disponer de ella á su libre albedrío... La aceptación debe hacerse en términos expresos. La presencia del donatario al acto no es suficiente. Todavía la aceptación puede realizarse por un acto posterior, pero carece de validez si no tiene lugar en vida del donante. Si éste fallece antes de la aceptación, los bienes donados se transmitirán á sus herederos del mismo modo que si no hubiesen salido de su patrimonio. Pero no basta que la aceptación se haya hecho en vida del donante. Como la donación no debe ser perfecta sino cuando el donante se ha obligado irrevocablemente, la aceptación del donatario por acto separado no puede producir su efecto sino desde el día en que esta aceptación le haya sido notificada; precaución sabia que no se encuentra en las antiguas leyes, pero cuya necesidad es notoria para impedir que el donador sea personalmente víctima de las transacciones que hubiese hecho en la creencia de que no estaba obligado.»

En rigor, con las palabras que dejamos transcritas del Tribuno Jaubert, el comentario queda hecho, puesto que el segundo párrafo del art. 932 del Código Napoleón, albergue de las cuestiones que se han suscitado, constituye en nuestro Código parte del contenido de los artículos 632 y 633.

Una donación se perfecciona cuando se convierte en irrevocable, ó lo que es igual, cuando la transmisión de la propiedad la cosa donada se consuma y puede el donatario exigir que se

posesione de la misma. Atendiendo á estos motivos, el Código lusitano, armonizando el derecho consuetudinario francés, extendido como por irrigación por otros países, con el criterio uniforme del Derecho romano, sienta en su art. 1.456 que las donaciones *inter vivos* son irrevocables desde su aceptación, salvas las excepciones de revocabilidad admitidas por la ley.

En el Código italiano (art. 1.057) se inserta punto menos que literalmente el art. 932 del Código Napoleón.

Si pasamos á las legislaciones americanas, observamos que en el art. 700 del Código de Guatemala se establece que la donación entre vivos se perfecciona con la aceptación *expresa* del donatario, y en el art. 701 se concede un lapso de seis meses para que el donatario manifieste de un modo expreso su voluntad de aceptar la donación, presumiéndose en el ínterin aceptada, desvaneciéndose la presunción y quedando el donante en plena libertad de transmitir los bienes si durante dicho término la aceptación no hubiese tenido lugar.

Méjico adopta la misma versión legal del Derecho lusitano, adicionándola en la propia forma que nuestro proyecto de 1851.

Resalta de la comparación de los diversos textos transcrito- que en todos ellos palpita el axioma universal de que el consentimiento del donatario en recibir los beneficios de la liberalidad del donador es á manera de chapitel de remate que perfecciona y completa el edificio jurídico de la donación. Cierto es que la generalidad de los cuerpos legales objeto de nuestra consulta exigen para que la donación surta sus efectos, el hecho de que el donatario ponga su aceptación en conocimiento del donador, y que aquélla se haga constar expresamente, bien en el instrumento principal, bien en otro complementario; pero si esto es innegable, no lo es menos que todos los Códigos examinados se someten á un orden expositivo, lógico, y sin dar treguas ni asilo á la contradicción, rinden su acatamiento ante todo al axioma fundamental que deriva el perfeccionamiento jurídico de los contratos del consentimiento de las partes; y en segundo lugar se ocupan de esa solemnidad puramente formal, que se cifra en la cláusula de aceptación y en su notificación al donante, si aquélla no se inserta en el mismo instrumento por el que se solemniza la donación. Esto es lo racional y lo que demanda un criterio ordenado. El consentimiento reside en la intención: y por eso mismo debe

mostrarse primero en la voluntad, encarnando luego en el instrumento. Pero tal vez porque esto es lo correcto, el Código patrio, buscando la originalidad en lo incorrecto y en lo anormal, después de afirmar rotundamente en el artículo que comentamos que la donación se perfecciona por el conocimiento adquirido por el donante de la aceptación del donatario (error crasísimo, en nuestro sentir, porque la perfección contractual no hay que buscarla en rúbricas instrumentales por muy importantes que sean, sino en algo más interno, como es la conformidad de las voluntades), expresa en el art. 629 que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación. ¿Cómo compaginar ambas declaraciones legales?

Si la donación no se perfecciona sino mediante el conocimiento adquirido por el donador de la aceptación expresa del donante—bárbaro accesorio según le denominan los juristas devotos del Derecho romano, absortos ante la grandiosidad de sus líneas,- ¿cómo puede obligar al donante un contrato no perfeccionado? ¿Cómo puede dar frutos un contrato poco menos que en germen, á juzgar por esta embriogenia *sui generis* del Código español? Nuestros legisladores han prescindido del purismo técnico indispensable para que el lenguaje del derecho sea inteligible, y han aplicado el vocablo *perfeccionar* en el sentido que el vulgo lo emplea. ¿La donación, hánse dicho, requiere como complemento necesario que el donador conozca la aceptación del donatario? ¿Es entonces cuando surgen recíprocamente acciones y obligaciones, derechos y deberes? Pues he aquí que en ese momento se perfecciona. El consentimiento es el embrión donde reside la potencia perfectible de las donaciones *inter-vivos;* pero la notificación expresa al donante, cuando el donatario no concurre al otorgamiento de la donación, ó la tácita que se revela por la propia aceptación cuando el donatario concurre, nos muestra el germen ya desarrollado y perfecto. No ha podido ser otro el razonamiento de los civilistas españoles autores del Código. Mas si la aceptación del donatario por sí sola no es bastante, ¿por qué proclamar que la donación obliga al donante y produce sus efectos á contar desde la aceptación? De presente sólo descubrimos una antítesis jurídica. Acaso prosiguiendo la investigación tropecemos con algún Neo Flavio que nos inicie en estos misterios descubriéndonos las siglas para interpretarlos y esclarecerlos.

Razón tiene Laurent para tachar de arbitrario y no fundado en ningún principio de derecho el requisito de que la aceptación de la donación haya de hacerse en términos expresos para que llegue á conocimiento del donante.

La aceptación en sí, ó, lo que es lo mismo, el consentimiento es esencial para la perfectibilidad de las donaciones. El principio de la aceptación en las donaciones es tan fundamental como la proyección de la sombra por un cuerpo iluminado de soslayo. Los romanos lo practicaron, no solamente en su derecho privado como ya hemos visto, sino en su Derecho público, testimoniándolo así el hecho de Mancinus que, habiendo sido donado á los numantinos por el pueblo de Roma y no siendo aceptado por aquéllos, permaneció en condición de ciudadano romano.

Pero, ¿por qué ha de cifrarse la perfección contractual de una donación *inter vivos* en una solemnidad posterior á la aceptación y no en la aceptación misma, donde reside como en su centro la conformidad de las voluntades?

Esta fluctuación de criterio la vemos manifiesta en el art. 629, y no se alegue que dicho artículo se refiere al donante, con respecto al cual únicamente surte sus efectos la donación aceptada, porque replicaremos: 1.°, que la donación considerada en su propia substancia y desprovista de todo elemento oneroso que implique la presencia de obligaciones recíprocas entre donador y donatario, es un contrato unilateral porque de él surgen un solo derecho, una sola obligación y una sola acción, ó lo que es lo mismo, porque la prestación recae con exclusividad en la parte que dona; y 2.°, que, como derivación lógica de lo anterior, siendo la donación un contrato unilateral, las obligaciones y efectos referentes al donante son las obligaciones y efectos propios de la donación, proposición esta última que no es sino una modalidad de aquella otra formulada por Duranton, cuando, censurando acerbamente el art. 932 del Código napoleónico, asigna que la ausencia de efectos respecto del donante arguye ausencia de efectos en cuanto al donatario, y, por consiguiente, ausencia absoluta de efectos.

Sin embargo de la indecisión que se revela por la coexistencia de estos dos artículos antinómicos, en cuanto uno considera perfecto el contrato por el consentimiento (629), y el otro traslada el perfeccionamiento hasta tanto que el donante conozca la acep-

tación del donatario (623), creemos que la disparidad hoy latente más bien en la contextura que en la intención, se desvaneceria si se estableciera una distinción científica entre los elementos substanciales que concurren en la donación y los elementos formales.

El espíritu de los artículos á que nos venimos refiriendo, depurado en esta redoma del análisis, se manifiesta en nuestro sentir por las siguientes reglas:

1.ª *Regla general.*—La donación se perfecciona, tornándose irrevocable, mediante la aceptación del donatario, auténticamente consignada.

2.ª *Caso de excepción.*—Cuando el donatario por sí ó por su representante legítimo no concurra á la formalización documental de la donación, y por consiguiente no se haga constar en el mismo documento la aceptación, deberá el donatario notificar ésta al donante.

a) Mientras tanto que la aceptación no haya sido notificada al donante, no se reputará aceptada la donación.

Ciertamente, las conclusiones podrán tildarse de quebrantar el rigorismo científico, pero cuando la realidad se muestra varia como sucede en el caso actual, no es posible medirla con el rasero de un precepto único.

En la mayoría de los contratos consensuales onerosos, el trueque de prestaciones, cosa y precio, cosa y cosa, servicio y precio, uso y precio, acusa una mutualidad actual, determinada por la concurrencia de los que pactan. De esta concurrencia personal y del asentimiento en las prestaciones, dimana la unanimidad en las voluntades, es decir, surge el consentimiento, que generado en el período de discusión que á todo contrato precede, se manifiesta por un solo acto. Esto, que es lo usual y corriente en los contratos consensuales onerosos, admite excepciones en lo relativo á la donación. Siendo esta última un contrato unilateral, predomina la voluntad del donador, quien puede expresarla en un acto. El donatario á su vez puede consignar en otro acto distinto su aceptación. Mas dichos dos actos separados hay que relacionarlos mediante la notificación para que se perfeccione el hecho jurídico de la aceptación. Y he aquí cómo esta posible separabilidad de los elementos que concurren en el consentimiento justifica el caso de excepción expuesto.

Con lo dicho terminamos el comentario, no porque se hay-

agotado la materia, sino porque revistiendo el artículo un tinte marcadamente doctrinal y ciñéndose á la perfección contractual de las donaciones *inter-vivos*, preferimos estudiar el lado práctico de la teoría de la aceptación al exponer y comentar el capítulo siguiente.

Esto no obstante, diremos en este lugar que no en todas las donaciones se requiere la aceptación expresa, comprobándolo así los artículos siguientes del Código civil:

Art. 1.327. Son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno de los esposos.

Art. 1.328. Estas donaciones se rigen por las reglas establecidas en el tít. II del lib. III, en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes.

Art. 1.329. Los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio.

Art. 1.330. *No es necesaria la aceptación para la validez de estas donaciones.*

CAPITULO II

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN HACER Ó RECIBIR DONACIONES

Incidiendo el Código en el defecto ya crónico de enunciar defectuosa ó incompletamente los capítulos, titula este cuyo estudio comenzamos: *De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones*, siendo así que no sólo explana estos extremos, sino el concerniente á la aceptación y el no menos interesante de la forma requerida para la validez, según se trate de muebles ó raíces, ó la entrega se efectúe simultánea ó posteriormente. Puntos son todos éstos que no derivan del enunciado del capítulo y que, sin embargo, dentro de sus límites se encuentran desarrollados.

Principia el capítulo por valerse de una regla amplísima para determinar la capacidad de los donadores. Pueden donar todos los que puedan contratar y disponer. Esta fórmula, si de un lado tiene el inconveniente de su excesiva generalización, de otro ofrécenos la ventaja de haber concluído con aquellas añejas incapacidades de la ley de Partidas, vaciadas en el molde de la intransigencia religiosa y en las máximas romanas. Pero si es expeditivo el precepto del art. 624, aún le excede en cien codos el art. 625 al enunciar que podrán

aceptar donaciones *todos los que no estén incapacitados por la ley para ello.* Esto y no decir nada es la misma cosa, y más parece respuesta de mal estudiante en examen comprometido, que artículo de un Código civil. Porque la pregunta que inmediatamente acude á los labios es la de quiénes se hallan especialmente incapacitados.

Teniendo presente que las donaciones onerosas llevan consigo obligaciones recíprocas, expresa el artículo 626 que las personas que no puedan contratar no podrán aceptar aquéllas sin la intervención de sus legítimos representantes.

La teoría de la aceptación, iniciada ya en el capítulo I, encuentra en éste su ratificación y su desarrollo; lo primero, porque el art. 629 no es sino una rapsodia del 623; lo segundo, porque toda la parte meramente procesal de la aceptación tiene su lugar propio en los artículos 630 y 631.

Finalmente, el Código, inspirándose en las legislaciones extranjeras y aun tomando algo de nuestro derecho patrimonial, prescribe las formas actuales, documentales é instrumentales de que debe revestirse la donación para su validez. Si es donación de bienes muebles, requiérese la simultaneidad de la entrega en el acto de donar. Si esta simultaneidad no fuese posible, es preciso hacer constar por escrito (documento simple) la donación y su aceptación. Si se tratase de bienes raíces, deberá formalizarse por escritura pública, notificar la aceptación al donante en forma auténtica y anotar la diligencia en ambas escrituras.

Tal es el capítulo en cuyo comentario vamos á entrar inmediatamente.

ART. 624. Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.

Concordancias.—Igual al art. 621 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, ley 5.ª, tit. XII, libro III.*—..... Otro si, mandamos, *que home desmemoriado, o que no haya edad cumplida,* o que haya fecho traycion contra Rey o contra su Señorio, o contra otro su señor qualquier, o monge o fraire que haya fecho profesion, o que estuvo año e dia en orden, no pueda dar nada, e si lo diere no vala. .....

Part. 5.ª, tit. IV, ley 1.ª—Donacion es bien fecho que nasce de nobleza, e bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia. E todo ome libre que es mayor de veynte e cinco años puede dar lo suyo o parte dello a quien se quisiere: maguer non lo conozca solamente que non sea aquel a quien lo da de aquellos a quien defienden las leyes deste nuestro libro, que lo non puedan tomar. Pero si el que faze la donacion es loco, o desmemoriado, o desgastador de sus bienes, de manera que le es defendido del judgador del logar que non vse dellos, non valdria la donacion que ninguno destos fiziesse, como quier que valdria lo que a ellos fiziessen.

Part. 5.ª, tit. IV, ley 2.ª—Sabido veyendo que algund ome se trabajasse de muerte del Rey o de lision de su cuerpo o departimiento de su reyno, o de alguna partida del, non puede fazer donacion de lo suyo nin de alguna partida dello, desde el dia que se mouio a facer e consejar esta enemiga, e si la ficiere non vale. Otro tal dezimos que seria de los que trabajassen de muerte o de lision de aquellos que el Rey ouiesse escogido señaladamente por sus consejeros escogidos e honrrados. E aun dezimos que si algund ome es judgado por hereje, por juyzio de Santa Eglesia, la donacion que fiziesse despues non valdria en ninguna manera. Mas si alguno fuesse acusado de otro yerro, maguer fuesse atal que seyendo prouado deue morir por ello o ser desterrado p siempre, dezimos que la donacion que fiziesse fasta el dia q. diessen la sentencia contra el que valdria como quier que si fues fecha despues de la sentencia non seria valedera. Otro si dezim

que si fuesse la donacion en antes que ouiesse fecho el yerro, que maguer que le acusassen despues: e diesen juyzio contra el: que valdria la donacion.

Part. 5.ª, tit. IV, ley 3.ª—Fijo o nieto que estouiessen en poder de su padre o de su abuelo, non puede fazer donacion, a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta. Fueras ende si fuesse caualiero que o uiesse fecho ganancias de su caualleria o otro qualquier que ouiesse ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin *castrense vel quasi castrense peculium*; ca de lo que ouiesse gauado assi, bien podria fazer donacion sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estouiesse. Pero si el fijo, o el nieto touiesse algund pegujar apartadamente que le ouiesse dado el padre o el abuelo con que ganasse, maguer este pegujar atal fuesse de los bienes del padre o del abuelo, bien podria dar dello el que lo touiesse alguna cosa a su madre o a su hermana, o a su sobrina, o a algunos de los otros sus parientes o parientas para casamiento o para otra cosa que el entendiesse que le era grand menester que le fuesse guisada e conuenible e derecha. E esso mismo dezimos que seria si le diesse en salario a algund su maestro que le mostrasse sciencia o alguna arte o menester, mas en otra manera non lo podria fazer.

Novísima Recopilación, lib. X, tit. XX, ley 10. (Aplicable en el antiguo régimen legal por analogía.)—La muger durante el matrimonio no puede sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga *ex testamento* ni *ab intestato;* pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquiera herencia *ex testamento* y *ab intestato* con beneficio de inventario y no de otra manera.

Novísima Recopilación, lib. X, tit. I, ley 11.—La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido, como no puede facer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni desistir de ningun contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él; ni pueda facer cuasi contrato, ni estar en juicio faciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviesse por sí ó por su Procurador, mandamos, que no vala lo que ficiere.

Novísima Recopilación, lib. X, tit. I, ley 12.—Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podía facer sin su licencia; y si el marido se la diere, vala todo lo que su muger hiciere por virtud de la dicha licencia.

Ley de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870.—Art. 49. La mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento ó ab-intestato sin licencia de su marido, á no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban.

ART. 625. Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.

Concordancias.—Análogo al art. 944 del proyecto de Código de 1851, é igual al 622 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del art. 624.

ART. 626. Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Concordancias.— Igual al primer párrafo del art. 623 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del art. 624.

ART. 627. Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento.

Concordancias.— Análogo al art. 624 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del art. 624.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 624, 625, 626 Y 627.—Englobamos los cuatro artículos con ánimo de desarrollarlos en un solo comentario porque comprenden en su substancia y en sus modalidades la doctrina referente á la capacidad legal de los sujetos que intervienen en la donación. La capacidad del sujeto que dona y la del sujeto que acepta son como á manera de paréntesis jurídico, dentro del cual se desenvuelve toda la materia del título que estamos comentando.

Expuesta esta razón de plan y sin desviarnos de un riguroso orden exegético, empezaremos por estudiar la capacidad jurídica que el Código requiere en el sujeto activo de la donación.

I. *Capacidad jurídica para donar.*

El precepto esquemático del art. 624 se diversifica en dos reglas, según se trate de las donaciones *inter-vivos* ó de las *mortis causa*.

Regla 1.ª—Podrán otorgar donación *inter-vivos* todos los que tengan capacidad para enajenar.

Regla 2.ª—Son capaces para donar por causa de muerte todos los que pueden disponer de sus bienes por acto de última voluntad.

Como quiera que esta segunda regla hállase expuesta y desarrollada en el comentario del art. 620, constreñimos nuestro estudio á la primera, con tanto más motivo cuanto que el legislador, al redactar el susodicho art. 620, puso especial cuidado en asimilar por completo las donaciones *mortis causa* á las disposiciones de última voluntad.

La proposición jurídica contenida en el art. 624 se resuelve y aclara por la proposición contraria. Realizando una selección; determinando quiénes no pueden disponer de sus bienes por donación *inter vivos*, se despeja esa incógnita que el art. 624 nos ofrece mediante el empleo de la expresión adverbial *todos*.

La transmisión de la propiedad de los bienes, así muebles como raíces, puede verificarse, ó mediante el trueque de un precio ó de otra cosa equivalente á la transmitida, ó por razón de pura liberalidad. En el primer caso dícese realizada la transmisión á título oneroso; en el segundo, á título gratuíto. Pero así en un caso como en otro, surge y se desarrolla una relación de

derecho, por cuya virtud la propiedad de un bien determinado ó de un conjunto de bienes pasa de un sujeto á otro. Aun cuando en sus modalidades las relaciones jurídicas creadas y desenvueltas ofrezcan sensibles diferencias, nacidas de la presencia en las contraídas por título oneroso de prestaciones recíprocas, asimismo onerosas, y de la ausencia en las gratuitas de esa reciprocidad, no es posible desconocer que en el fondo de ambas relaciones late una transmisión de dominio. Consiguientemente la misma capacidad jurídica que se requiere para transmitir por compra-venta, por permuta (título oneroso), eso mismo exige la ley para transmitir por donación (título gratuíto).

Explicado el precepto, expongamos cuáles personas carecen de capacidad para enajenar. Para mayor claridad dividiremos las incapacidades en absolutas y relativas.

1.° *Quiénes están incapacitados en absoluto para disponer de sus bienes por título de donación.*

a) Los menores de diez y ocho años y los mayores de diez y ocho y menores de veintitrés, no emancipados ó dispensados de edad.

Considerada la edad como factor integrante de la capacidad de disponer por actos *inter vivos,* percíbese una gradación ascendente de la incapacidad á la capacidad que permite dividirla en tres períodos: 1.° Hasta los diez y ocho años. 2.° Desde los diez y ocho hasta los veintitrés. 3.° Desde los veintitrés en adelante.

Estos tres grupos, por la fuerza de una ley puramente convencional, pero tan convencional como necesaria, acusan una relación inmediata entre la edad y la capacidad de derecho, de suerte que siguiendo la misma gradación antes apuntada, el hecho natural de pasar de un grupo á otro es al mismo tiempo la causa legal generadora de una mayor amplitud en la facultad de disponer.

Hasta los diez y ocho años la incapacidad para transmitir *inter-vivos* bienes propios, es absoluta, sin que sea parte á quebrantar el rigor prohibitivo, la emancipación lograda por el matrimonio. Pruébalo así de un modo concluyente el art. 59 al disponer que si el marido fuese menor de diez y ocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defect de éste, sin el de su madre, y á falta de ambos, sin el de un tuto no pudiendo tampoco comparecer en juicio sin la asistencia d dichas personas.

Dedúcese sin violencia que si el menor de diez y ocho años, incluso el emancipado por el matrimonio, carece de atribuciones jurídicas para administrar los bienes de la sociedad conyugal, donde se hallan comprendidos los suyos propios, con tanto más motivo estará incapacitado para donar.

La misma incapacidad absoluta comprende á los que, excediendo de los diez y ocho años de edad, no se hubieren emancipado legalmente por el matrimonio, no los hubiesen emancipado voluntariamente sus padres, ó en caso de tutela, no les hubiese otorgado en forma el consejo de familia la venia de edad. Permaneciendo en estos casos incólume la restricción impuesta por la ley en lo relativo á la facultad de disponer, su incapacidad para donar es tan evidente como lo es para contratar.

Si la incapacidad de un menor no emancipado para contratar es absoluta, este absolutismo restrictivo, digámoslo así, alcanza su mayor apogeo, su período álgido, con respecto á las donaciones *inter vivos*. El menor, al cabo, si no puede contratar por sí propio, no queda por ello exento de los beneficios anexos á la contratación, y por conducto de aquella persona que suple su incapacidad, vende, arrienda, grava, redime, en una palabra, es sujeto activo, siquiera sea mediante la representación de persona capaz, en las relaciones de la vida civil contractual. Pero el menor de edad no emancipado en cuyo corazón brote el agradecimiento hacia el favor recibido, ó el deseo de recompensar una acción meritoria, ¿podrá dar rienda suelta á sus expansiones otorgando una donación? La respuesta negativa se impone por varios motivos. Ante todo, el artículo que estamos desenvolviendo levanta una muralla infranqueable á la posibilidad de la hipótesis apuntada; porque si sólo son capaces para donar los que puedan contratar y disponer de sus bienes; si la severidad del precepto ha de perseverar sin excepciones, no autorizadas ciertamente por el espíritu que descubre la simple lectura del precepto, es inconcuso que los menores de edad no emancipados no gozan de la capacidad jurídica necesaria para transmitir por título gratuíto.

Se argüirá acaso que los menores contratan por conducto de persona intermediaria capaz y que, en su consecuencia, supliendo su incapacidad, de análoga manera podían otorgar donaciones. A esto cabe replicar que la deficiencia de la letra de los textos

legales no se traduce por permisión cuando la idea que inspira el principio, además de vislumbrarse claramente, concuerda con la más pura doctrina jurídica; axioma interpretativo aplicable al artículo 624, por cuanto su contenido se resuelve en esta ecuación: «La capacidad que se requiere para donar es igual á la necesaria para contratar y disponer por sí mismo de sus bienes.» Además, a objeción, caso de que se formulara, incidiría en petición de principio, haciendo supuesto de la dificultad, porque no es el menor por conducto de persona capaz intermedia quien contrata, sino el representante legal para el menor y en nombre de éste, diferencia cardinal que una vez establecida lleva las cosas á su verdadero terreno.

Otro argumento existe en pro de la incapacidad jurídica de los menores de edad no emancipados para otorgar donaciones *inter-vivos*. En los contratos onerosos la reciprocidad de las prestaciones arguye la conveniencia individual, el beneficio que se pretende obtener y en contemplación al cual se estipula. La voluntad de los que contratan muéstrasenos determinada por la idea del provecho personal; late, digámoslo así, una mira egoísta perfectamente natural, porque después de todo refluye en el instinto defensivo de la propia conservación. A la inversa, en la donación pura y simple, tipo al cual nos referimos cuando hablamos de transmisión gratuíta, la mira del donante es, á lo menos en su exteriorización, profundamente altruista. La voluntad domina soberanamente, porque no la afectan ni influyen motivos de medro y provecho personal. Si cabe expresarse así, diríamos que la donación requiere una voluntad totalmente libre y desembarazada. Por otra parte, la idea de necesidad tan imperiosa en el derecho se manifiesta con todo su rigor en punto á las transmisiones por título gratuíto; porque los contratos son *necesarios* para la vida social y las donaciones no pueden alegar necesidad sino para la vida moral, cuyas expansiones sólo las consiente y reconoce el derecho positivo cuando no envuelven peligro para el sujeto, ó mejor dicho, cuando por virtud de unas de esas presunciones convencionales impuestas por la reducción á la unidad científica de la diversidad natural, se reputa al individuo en la plenitud de su capacidad jurídica, donde refluye la meramente orgánica é intelectual.

Que esta idea repercute en la región del derecho positivo con

toda su intensidad, no puede caber duda; y es parte á demostrarlo así, entre otros argumentos ya expuestos, el desarrollo dado por el Código civil á la antigua teoría llamada de los peculios. Según el art. 159 (regla general), «El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.» Máxima esta tan indiscutida, dado el mecanismo de la organización actual de la familia, que algún Código americano, v. gr., el de Guatemala, ha encontrado en la incapacidad legal para administrar el registro típico de la incapacidad para transmitir por donación *inter vivos*.

Modalizando el art. 159, expone el 160 que los bienes que el *hijo no emancipado* haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía. Aun respecto de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo personal, pero con bienes de los padres, pertenecen en propiedad y usufructo á estos últimos, á menos que se los cediesen expresamente en todo ó en parte.

Esto sentado, si el hijo menor de edad no redimido por la emancipación de la dependencia paternal, pudiera á su albedrío recabar por imperio de la ley el consentimiento paterno y por virtud de éste otorgar donaciones, vendrían á quedar los derechos de los padres reducidos poco menos que á la nada, y el usufructo se cercenaría muy frecuentemente por las dilapidaciones de los hijos.

Pero no es esto sólo. El eco de lo que antes hemos denominado idea de la necesidad en el derecho, vibra con mayor fuerza en el artículo 164.

El padre ó la madre en su caso, dice, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Solamente la necesidad ó el provecho justificados pueden autorizar una transmisión á título oneroso. ¿No denota esta restricción la imposibilidad de que el padre, ó en su caso la madre, consienta en la transmisión de bienes de un hijo por título gratuíto? Porque ¿qué provecho ni qué necesidad en su significación estrictamente jurídica se seguirían en beneficio del menor, de un acto de tal naturaleza? Y

si el consentimiento del padre ó de la madre en la expresada hipótesis no es lícito, porque de otorgarlo cometerían una invasión de atribuciones contraria de la ley y por lo tanto nula, ¿cómo podrá el menor no emancipado donar sus bienes por su propia personalidad? Los precedentes históricos concurren en apoyo de la doctrina que venimos sustentando. La *ley 5.ª del título XII, libro III del Fuero Real,* dispuso que *home desmemoriado o que no haya edad cumplida... no pueda dar nada, e si lo diere, no vala.* Y la *ley 1.ª del tít. IV de la 5.ª Partida,* ratificó la misma prohibición, por cuanto al reconocer que *todo ome libre que es mayor de veynte e cinco años puede dar lo suyo o parte dello a quien se quisiere,* paladinamente mostró su criterio de que, pues era requisitopara donar haber cumplido veinticinco años, no podían otorgar donaciones aquellos que no hubieran alcanzado dicha edad.

La misma nota ofrecen en esta general armonía los Códigos extranjeros, si no en su absoluta totalidad, sí en su mayor parte.

Portugal, en cuyo Código se encuentra el texto legal del cual ha sido copiado el que comentamos, se limita, del mismo modo que el Código español, á tomar como tipo de la capacidad para transmitir por título gratuíto, la capacidad legal necesaria para contratar y disponer. Al cabo la donación no es otra cosa que un contrato. En el Derecho italiano encontramos un precepto más explícito. El art. 1.052 no procede por ecuación, sino negativamente, al modo que hemos tenido ocasión de observar en la legislación alfonsina. Así, dice: «No pueden hacer donaciones... El inhabilitado desde el día en que se promovió el juicio de interdicción y el menor de edad, aunque esté emancipado, salvas las disposiciones particulares relativas al contrato de matrimonio.»

En el Código napoleónico no se altera la regla, y dan motivo á sostenerlo así dos artículos: el 902, á cuyo tenor pueden disponer y adquirir, bien por donación entre vivos ó por testamento, todos aquellos que la ley no declare incapacitados; y el 904, según el cual, una vez llegado el menor á la edad de diez y seis años no podrá disponer sino por testamento y sólo hasta la mitad de los bienes que la ley permite disponer al mayor de edad.

La justificación científica de estos dos artículos bríndanosla Bigot de Preameneu en las siguientes palabras de la *Exposición de motivos de la ley relativa á las donaciones y á los testamentos*: «La

presunción de que las disposiciones hechas por el menor para después de su muerte, se apoyarán en la reflexión, no cabe aplicarla á la donación *inter vivos*, por cuya virtud el menor se despojaría irrevocablemente de sus bienes.

En la donación *inter vivos* la ley presume que el menor se dejaría arrastrar por la pasión. En las disposiciones testamentarias, la perspectiva de la muerte le sustraerá de todo peligro y no le permitirá determinarse sino por los deberes familiares ó por las reciprocidades del reconocimiento.»

De la propia suerte opina Marcadé, al consignar en su *Explication theorique et practique du Code civil*, que las disposiciones de los artículos 903 y 904, al prohibir á los menores la donación *inter vivos*, se erigen en una especie de estatuto personal determinativo de la capacidad del menor.

Entre los Códigos americanos que adoptan tan racional y justa teoría, citaremos el de Méjico, cuyo art. 2.746 concuerda á la letra con el texto del Código patrio, que nos sirve de tema; y entre los que discrepan, si no en lo substancial, sí á lo menos en cuanto suavizan el rigor de la restricción predominante en las legislaciones europeas, mencionaremos el de Guatemala, según cuyo art. 710, el mayor de diez y ocho años que esté bajo la patria potestad del padre puede donar los bienes que le pertenecen en propiedad y usufructo, cuyos bienes son los que el hijo adquiera por su trabajo, profesión ó industria ejercidos con consentimiento de sus padres y los que obtenga por el desempeño de empleo ó cargo público.

La innovación apuntada por el Código de Guatemala no es tan baladí que no merezca siquiera el consignarla, pero no es factible su adaptación al derecho patrio, á lo menos como precepto general, porque la doctrina que aquél desarrolla en punto á peculios, difiere de la aceptada por el legislador español.

Al término de esta digresión, algún tanto prolongada, podemos establecer el siguiente teorema jurídico: *Los menores de edad no emancipados carecen de capacidad para transmitir sus bienes por título de donación inter vivos.*

Y como síntesis de cuanto llevamos expuesto, repetimos con Jaubert, glosando sus palabras: «El menor de edad no emancipado no puede disponer por donación *inter vivos*, porque no puede enajenar, siquiera está capacitado, si excede de los catorce años,

para transmitir por testamento.» Sabios principios que armonizan la libertad dispositiva con los justos temores que inspira la posibilidad de la seducción.

***

La variedad de las cosas humanas ha erigido en axioma el hecho de no ser por lo común absolutas las reglas generales, sino condicionadas por la excepción. Esto ocurre con respecto al caso legal que venimos estudiando. Dentro de la minoría de edad, término generalísimo de la división de los sujetos de derecho en mayores y menores, la ciencia jurídica ha creado el estado intermedio de la emancipación, en el cual, y bajo su régimen, coexisten la menor edad con atribuciones propias de la mayoría.

Pero el Derecho admite, no solamente la emancipación propiamente tal, es decir, la concedida por la voluntad paterna ó por imperio de la ley en virtud de un hecho reconocido como causa generadora, sino la equivalencia de la *emancipatio*. Cumplida demostración nos ofrece el art. 160 en su segundo inciso: «...Pero si el hijo con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.» No es después de todo esta equivalencia legal, sino la expresión jurídica actual de aquella otra, introducida por la Constitución 25 del Emperador León, *per economian separatam*, por la independencia económica del padre y del hijo.

Hé aquí un caso de excepción. ¿Podrá el hijo menor no emancipado, pero que viva con entera independencia de sus padres, donar sus bienes? Y caso afirmativo, ¿cuál será el límite de su derecho á disponer *inter vivos* por título gratuíto?

En nuestro sentir, las precedentes preguntas no envuelven ningún problema difícil, antes por el contrario, su solución es sencillísima.

La capacidad jurídica del hijo que vive independiente de sus padres, con independencia, digamoslo así, económica y de habitación, no cabe medirla por la capacidad del emancipado por la mayoría de edad. Los comentaristas del Código, temerosos acaso de incidir en error, no han enunciado una opinión concreta.

El Código, al reputar emancipado al hijo que viviere con independencia de sus padres para todos los efectos relativos á los bienes que el hijo haya adquirido con su industria y trabajo ó por cualquier título lucrativo, ha establecido una emancipación tácita, análoga en sus derivaciones y consecuencias jurídicas á la emancipación expresamente otorgada por la voluntad paterna.

Lleva consigo la patria potestad, entre otros deberes, el de retener los padres á los hijos en su compañía.

Si el padre consiente de buen grado que su hijo viva con independencia y con su propio trabajo ó industria, ó con los bienes que haya adquirido por título lucrativo, si de este modo ya deja de gravitar sobre su progenitor, redimiéndole de las obligaciones que van anejas á la patria potestad ¿qué es esto, siquiera el vínculo persevere, sino una emancipación, sin más diferencia de la llamada voluntaria que la ausencia de los formalismos instrumentales ó judiciales? Y creado este estado de hecho, ¿no es lógico que la ley civil suministre los medios necesarios para el desenvolvimiento jurídico del hijo?

Esta posición legal *per economian separatan*, á la cual denominaremos, siquiera no sea más que para individualizarla de alguna manera, *quasi emancipatio*, ó emancipación voluntaria tácita, es la equivalencia, según hemos visto, de la llamada emancipación voluntaria. Y siendo esto así, ¿podrá esta última conferir al hijo más derechos que la primera? Respondemos negativamente.

La capacidad plena, absoluta, es inherente á la mayor edad y solamente se logra cuando el sujeto, en la integridad de sus facultades intelectuales y exento de restricciones impuestas por declaraciones de los Tribunales en contemplación á transgresiones graves de la moral (interdicción civil), ó de la prudencia jurídica (prodigalidad), cumple los veintitrés años.

Sentadas estas líneas generales, la resolución de las preguntas se impone fatalmente. El hijo menor no emancipado que viva con independencia de sus padres, *per economian separatam*, tendrá respecto de los bienes que adquiere por su trabajo ó industria ó por título lucrativo, las mismas facultades para transmitirlos por donación *inter vivos*, que las que disfrutan los menores emancipados por la voluntad paterna solemnemente expresada.

Cuando nos ocupemos del tema referente á la incapacidad relativa para donar, desarrollaremos la regla anterior.

Pero si hasta aquí ninguna duda suscita el estudio que venimos haciendo, no sucede lo mismo cuando la investigación se dirige á escudriñar la extensión de la capacidad de disponer de un menor de diez y ocho años que viva separado de sus padres, mediante el consentimiento de éstos. El problema resurge, aun cuando bajo distinto aspecto. El caso de un menor de diez y ocho años batallando por la vida en la desigual lucha á que las actuales condiciones económico-sociales obliga, no es tan exótico como pudiera suponerse. Por desventura, la realidad nos lo ofrece con desconsoladora frecuencia, y acaso por esto mismo el artículo 160 del Código civil lo ha regulado desde el punto de vista legal, otorgando al hijo el dominio, el usufructo y la administración de los bienes que adquiera, y reputándole emancipado á los efectos de la disposición de sus bienes. En la hipótesis imaginada, ¿podrá donar el menor de diez y ocho años? No es fácil responder con seguridad, porque si determinadas consideraciones inclinan el pensamiento hacia una solución favorable, otros argumentos tal vez de más peso y más valía aconsejan lo contrario.

Una lógica interpretación de los textos legales nos da por resultado la proposición afirmativa categórica. Un análisis reflexivo y detenido sobre el espíritu de los mismos textos legales ofrece un precipitado negativo. Veámoslo. El art. 160 del Código, al formular la excepción de su segundo inciso con respecto al peculio que los hijos adquieran con su trabajo ó industria ó por título lucrativo, al prever y consentir el caso de un menor viviendo con economía independiente de sus padres y reteniendo para sí, no sólo la propiedad de los bienes que obtenga, sino asimismo el usufructo y la administración, no distingue de edades. Lo mismo reputa emancipado al menor de diez y ocho años que al mayor de dicha edad. Y es que el Código no encaja los hechos en el carril de una institución determinada, sino que los acepta tal como la realidad se los ofrece, limitándose á procurar al menos aquellos medios legales que, correspondiendo á la intención de los padres tácitamente revelada y á la situación del hijo, le han de servir para su desenvolvimiento económico-social. Si, pues, el Código en el segundo inciso de su art. 160 no

distingue entre menores y mayores de diez y ocho años, es indiscutible que á unos y á otros cabe aplicarles el precepto y reputarlos como emancipados en todo lo relativo á la disponibilidad de los bienes á que el susodicho art. 160 se contrae. El menor de edad emancipado por la concesión de sus padres, solamente tiene restringida su capacidad de derecho en lo concerniente á tomar dinero á préstamo, gravar y enajenar bienes raíces y comparecer en juicio. En todo lo demás, la emancipación le habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Dedúcese de aquí que un menor emancipado por el consentimiento de sus padres podrá administrar sus bienes raíces y disponer sin trabas de ningún género de sus bienes muebles.

Admitido que al menor que viva con independencia de sus padres se le reputa emancipado por virtud de una asimilación á todas luces equitativa, ¿dónde está el principio escrito, el texto positivo que destruya esa identidad de facultades y prohíba al menor de diez y ocho años independiente de su padre, transmitir por título gratuíto aquellos bienes respecto de los cuales pueda disponer libremente, pactando y estipulando cuanto estime conveniente? A estas conclusiones conduce la interpretación rigorosa de los artículos 160, 317 y 624 combinados entre sí. Pero si á los precedentes motivos débeseles reconocer su innegable valor, no influyen menos los aducidos de contrario. Dos son los fundamentos sobre los cuales descansa la tesis mantenida por los que niegan en absoluto al menor de diez y ocho años capacidad para donar. Pero, así uno como otro, se dibujan en un fondo cuyas tonalidades comunican vigor y claro oscuro á la argumentación. Muéstrasenos constituído este fondo por la apreciación exacta de las deficiencias é inarmonías positivo-legales. Si por encima de los textos escritos y con la superioridad y brillo de la intuición científica y de las deducciones de la más pura razón, no descollara ese conjunto de principios perfectamente armónicos con los de la más rigorosa equidad y moral, ese estado jurídico sin corporalidad, ese derecho increado, sentido y no escrito, al que se denomina, quizás con incorrecta frase, derecho natural, los textos escritos aparecerían ante nuestros ojos envueltos por densas nubes y acaso no destellara de ellos ni un rayo de justicia.

La ley es deficiente y obscura, y así lo demuestra con relación al caso actual la inarmonía latente entre la deducción obtenida

de los textos vivos y el espíritu moral que informan esos mismos textos.

Sobre este fondo eminentemente humano y por lo tanto admisible para trazar sobre él los problemas jurídicos, que al cabo es el derecho ciencia para la vida, se destacan vigorosamente las dos razones á las cuales antes hemos aludido. Es la primera, la de que los legisladores españoles, comprendiendo el entronque íntimo que media entre el desarrollo de las facultades intelectivas y la capacidad de disponer, enlace que es el mismo que el que existe entre la causa y el efecto, han establecido una edad, la de los diez y ocho años, á contar de la cual la capacidad va subiendo por grados hasta obtener su desarrollo máximo al alcanzar el individuo los veintitrés años de su vida. Hasta tal punto es esto exacto, que aun en el caso de un menor de diez y ocho años, emancipado por el matrimonio, la ley le priva de la administración de los bienes si no concurre el consentimiento del padre, en su defecto el de la madre, y á falta de ambos el de un tutor.

El pensamiento de la ley traslúcese con toda evidencia, puesto que incapacita al menor de diez y ocho años, incluso para administrar.

Es la segunda de las razones sobre la que se fundamenta la tesis negativa que estamos desenvolviendo, la que toma por punto de partida el principio de la necesidad jurídica. El contrato es necesario para la vida de relación social, y por esto se justifica que la ley conceda al menor de diez y ocho años que viva con economía separada de sus padres, la facultad de contratar, es decir, la de comprar y vender bienes muebles, la de arrendar y administrar sus inmuebles, en una palabra, las mismas atribuciones propias del menor emancipado por la voluntad paterna expresamente consignada en acta del Juez ó instrumento notarial. Pero la donación no puede reputarse contrato necesario, si no eminentemente voluntario, por lo mismo que su causa es la mera liberalidad. Esta idea de la necesidad contractual arraiga con más fuerza en la hipótesis que tratamos, por cuanto es terreno abonado para ello. Que se condicione por una excepción la regla general en cuya virtud la capacidad de disponer por acto *inter vivos* onerosa ó gratuitamente, se inicia al llegar el individuo á los diez y ocho años, todavía se explica dado ese caso

anormal que el art. 160 prevé. Al cabo, si el peligro del engaño y del fraude deja entrever su temerosa sombra, se impone la necesidad insustituible de colocar á ese menor en un medio ambiente adecuado para su desenvolvimiento natural y jurídico. ¿Pero se explicaría justamente una excepción que, lejos de ser necesaria, fuese á todas luces peligrosa?

Y que este es el criterio que se inspira en la realidad y el mantenido por nuestras leyes vigentes, lo patentiza un artículo del Código penal, en cuyo artículo se considera delito y se castiga con arresto mayor y multa del 10 por 100 de la obligación que hubiere otorgado el menor, el hecho de abusar de la impericia ó pasiones de un menor haciéndole otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo ó transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, crédito ú otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma. Aun cuando el caso previsto por el art. 553 del Código penal no guarda absoluta paridad con el que nos ocupa, no por esto cabe negar que esa forma encubierta de transmisión á que alude el precepto referido puede muy bien ser la donación.

Pero aunque todos los anteriores razonamientos se tachasen de inexactos ó se recusasen por interesados en una solución determinada, bastaría una sencilla comparación para que resaltara con todo su relieve la antítesis que existe entre la interpretación estrictamente literal de los artículos 160 y 624 combinados, y la tendencia y espíritu del Código respecto de la doctrina general de la capacidad para disponer por actos *inter vivos*.

El único argumento que hasta el momento actual ha podido resistir el ímpetu de la contradicción, es el que estima como norma de la libertad dispositiva del menor de diez y ocho años que viva independientemente atenido al producto de su trabajo ó industria, la separación de padre é hijo, el deslinde de ambas economías, la relajación del poder paterno, la asimilación de esta *emancipatio* tácita á la denominada voluntaria por los antiguos expositores. Pero aun este cimiento lo quebranta el análisis. Porque, ¿acaso el hijo menor de diez y ocho años que contrae matrimonio y por este hecho se emancipa, no forma también economía aparte? ¿No crea una familia distinta? ¿No se relaja, siquiera prevalezca hasta la mayor edad, el vínculo de la patria potestad? Y si la ley á este menor de diez y ocho años emanci-

pado y con economía aparte le niega, incluso el derecho de administrar por sí propio, sin el auxilio de persona interpuesta, cuya negativa de la capacidad de administrar implica la de donar, ¿qué razón escondida y misteriosa puede haber para otorgar esa atribución á ese otro menor no emancipado, aunque asimismo con economía independiente? Tal vez la consideración de que este último sólo á sí propio se perjudica, mientras que los actos de disposición del primero pueden recaer en menoscabo del patrimonio económico del matrimonio. Sea esto realidad, sean suspicacias sin base, el hecho cierto es que concurren motivos poderosos en pro y en contra, y que esta dualidad de criterios engendra incertidumbres.

Atentos nosotros, más que al rigorismo de la letra, á la severidad de los principios, optamos por la segunda opinión. Sin embargo, recordando aquel concepto de Laurent ya expuesto en otro lugar, y según el cual el comentarista no debe considerarse autorizado para exponer una teoría que no tenga su base en la ley escrita, no rechazamos en absoluto la tesis opuesta; lo único sí que nos permitimos contra ella, es tacharla de poco científica.

Los locos, sordo-mudos, pródigos y penados con la interdicción civil.

a) Los locos.—Entre las incapacidades absolutas para donar, comprendemos, además de la de los menores de edad no emancipados, la de los locos, pródigos y condenados con la pena accesoria de interdicción civil. Brevemente nos ocuparemos de cada uno de ellos.

La declaración judicial de locura equivale á la declaración de incapacidad jurídica. Si, pues, el loco carece de facultades para disponer y contratar, asimismo le está prohibido donar. Y en nuestro sentir, la prohibición, no sólo se contrae á su propia persona, sino á la de su tutor, quien bajo ningún concepto podrá disponer por título gratuito de los bienes del demente, ni siquiera otorgar su consentimiento á la voluntad del enajenado claramente manifestada en un momento de lucidez. Para el Código patrio como para todos los Códigos, el loco es un menor que sólo por la curación de su enfermedad mental puede lograr la capacidad plena para disponer. El caso de excepción relativo á la posibilidad de otorgar testamento en un intervalo lúcido, comprobado por aserción facultativa, nada significa, y como tal caso de ex-

cepción, por su naturaleza restringido á ciertos y determinados hechos jurídicos, no cabe ampliarlo á otros semejantes. Pero además concurre un motivo legal irrecusable. El art. 624 que comentamos, al formular la ecuación que constituye su contenido, asimila la capacidad para donar por actos *inter vivos* á la que se requiere para disponer y contratar. Para contratar es preciso ser capaz de consentimiento, porque sin este consorcio de las voluntades de los que pactan no hay contrato. Pues bien: según el art. 1.263, no pueden prestar consentimiento: 1.°, los menores no emancipados; 2.°, *los locos ó dementes* y los sordo-mudos que no sepan escribir, etc. Retrocediendo por el mismo orden, en este escalonamiento de disposiciones legales por las cuales se determina la capacidad de los dementes, tenemos: «El demente no puede consentir, luego carece de capacidad para donar.»

Esto por lo que respecta á las transmisiones gratuitas *inter vivos*, que en cuanto á las que se realizan con ocasión de la muerte entre las cuales se comprenden las donaciones *mortis causa*, no hay que olvidar el precepto del art. 665.

Hemos visto en diferentes lugares de los Comentarios que en el terreno legal la estimación de la locura como causa de incapacidad para disponer, no dimana tanto de la realidad de un estado morboso cerebral, como de una declaración judicial basada sobre la prueba de dicho transtorno de las facultades intelectuales.

Este formalismo, de ineludible cumplimiento cuando se trata de nombrar tutor al demente, encuentra, sin embargo, su contradicción en la propia ley civil y en la práctica de la vida contractual. La facultad concedida á los Notarios para apreciar la capacidad de los que contratan y disponen de sus bienes por actos *inter vivos* ó *mortis causa*, viene á ser como el atemperante de la regla contenida en el art. 213 del Código. Un Notario puede negarse á otorgar un testamento, si al apreciar la capacidad del testador considera que éste no se encuentra en su cabal juicio, siquiera por ningún Tribunal se haya formulado declaración de locura. Así autoriza para sostenerlo el art. 666 del Código. Lo propio ocurre con respecto á cualquiera otra transmisión de bienes raíces por actos *inter vivos* gratuíta ú onerosa, patentizándolo así el art. 6.° de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, artículo que prevalece según dispone el 1.217 del Có-

digo, y á cuyo tenor los Notarios harán constar en toda escritura que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para celebrar el acto ó contrato á que se refieran, cuya circunstancia se determinará *á juicio del propio Notario;* no bastando que éste la consigne en el instrumento, apoyándose en el dicho de los otorgantes.

Expuestos estos antecedentes, vamos á presentar un caso práctico íntimamente relacionado con la delicada doctrina que estamos exponiendo.

Supongamos que un demente declarado como tal ante los Tribunales de justicia recobra la salud mental. Imaginemos también que, merced á estas circunstancias, y en consideración á las mismas, cesa el tutor en sus funciones, y el consejo de familia se disuelve; pero el demente, ya curado, no se preocupa de obtener de los Tribunales una declaración de capacidad que invalide aquella otra que le incapacitaba En estas circunstancias, pretende donar un bien inmueble de su propiedad y acude á un Notario para el otorgamiento de la oportuna escritura pública. ¿Tendrá capacidad para transmitir ínterin subsista la declaración de incapacidad y no se destruya por otra declaración asimismo judicial? El Notario, advertido de estos antecedentes, ¿podrá autorizar la escritura pública de donación, que por ser requisito integrante, á tenor del art. 633, por versar el supuesto imaginado sobre un bien raíz, refluye en las solemnidades intrínsecas á toda donación de dicha especie de bienes? La respuesta es problemática y su inseguridad se acrecienta, porque la propia imperfección de los preceptos concordantes, tuerce la argumentación hacia el campo de las hipótesis legales; hipótesis que, por muy fundadas que sean, no desarrollan fuerza de convicción auténtica, como la que emana de los textos vivos escritos, sino fuerza de justificación puramente racional.

El Código procede con sobriedad y llaneza, sobre todo con estricta corrección, al derivar el estado jurídico de incapacidad de una declaración judicial; pero ese mismo Código omite la expresión de los medios legales necesarios para destruir dicho estado. La declaración del estado jurídico de incapacidad no es de tan poca monta que pueda quedar en punto á su extinción á merced de apreciaciones individuales, siquiera éstas sean tan justificadas y necesarias como las que practican los Notarios en la otorgación

de los instrumentos públicos sujetos á registro. De aquí que de un lado consideraciones críticas inspiradas por la más sana lógica, y de otro el ejemplo ofrecido por los Códigos extranjeros, han movido á los comentaristas españoles del Código civil patrio á considerar necesaria una resolución judicial declarativa de la capacidad readquirida por el incapaz.

Cuando comentamos el art. 278 hubimos de exponer con amplitud suficiente los motivos en que nos fundábamos para opinar en dicho sentido. El docto escritor Sr. Manresa acepta nuestro criterio, y en su consecuencia, afirma que la necesidad de declaración judicial para levantar la incapacidad se impone: 1.°, porque no siendo esta materia de las que pueden decidirse por mutuo convenio de las partes, lo natural es que termine como empezó; 2.°, porque para destruir el efecto de una declaración judicial es preciso otra en que se reconozca, ó el error de la primera ó la modificación ocurrida en las condiciones de momento mediante las cuales se dictó; 3.°, porque, consiguientemente, la capacidad actual del que fué antes declarado incapaz no será reconocida legalmente por los Tribunales ni por los terceros contratantes, si no media una declaración solemne de autoridad que pueda darla; 4.°, porque la cancelación de la inscripción y anotaciones que hay que hacer en el registro de tutelas, en el civil y en el de la Propiedad, no puede hacerse sino en virtud de un título igual al que las produjo, como lo declara, para un caso especial, la ley Hipotecaria en el art. 82; 5.°, por el interés social que tiene la materia de incapacidades y la necesidad de que todo en ella se haga con ciertas garantías, y 6.°, porque existiendo jurisprudencia (sentencias de 30 de Marzo y 14 de Mayo de 1872 entre otras), según la cual, sólo la Sala sentenciadora puede decidir la incapacidad por falta de juicio para otorgar testamento, y siendo éste el caso en que más benigna se muestra la ley, puesto que acepta la validez de los intervalos lúcidos, con mayor razón debe aplicarse á la declaración absoluta, y para todos los actos.

Salvo la relativa novedad de este último argumento, muy discutible, respecto de la intención que se pretende descubrir por las palabras de las sentencias citadas, en lo demás, la coincidencia entre lo expuesto por nosotros y lo posteriormente mantenido por el Sr. Manresa, es absoluta.

Nótese, pues, la unanimidad con que los intérpretes y comen-

taristas sostienen la teoría de que el estado jurídico de incapacidad, declarado judicialmente á virtud de prueba, solamente puede destruirse mediante otra declaración judicial fundada sobre las resultancias de una prueba demostrativa de la normalidad intelectual del demente.

Si esta teoría tan justiciera y tan saturada de lógica ha de perseverar hasta sus últimas consecuencias, forzoso es deducir, respondiendo á las interrogaciones antes formuladas: 1.°, que la capacidad de un alienado para otorgar donaciones deriva: originaria y naturalmente de su sanidad cerebral; jurídicamente de la declaración judicial, que restableciendo el equilibrio alterado, proclame la capacidad *actual* de aquel mismo sujeto de derecho á quien antes hubo de negársela; 2.°, que el Notario que por razón de conocimiento del otorgante tenga noticia de la incapacidad del mismo declarada judicialmente, debe abstenerse de formalizar la escritura de donación, siquiera, apreciando en conciencia, y según su juicio, el estado mental del donante, adquiera el convencimiento de su normalidad mental. La pureza de la teoría sobre la capacidad jurídica así lo reclama, y aun más que este respeto, que por algunos podría tacharse de excesivamente escrupuloso, el temor de las complicaciones que un acto de tal naturaleza pudiera generar en perjuicio de los intereses de tercero.

Tratándose de bienes raíces, el peligro de una donación realizada sin capacidad para ello, se pierde en las lejanías más problemáticas, porque la declaración de incapacidad deja tras sí tales huellas, son sus rastros tan indelebles, en los tres registros públicos donde debe hacerse constar, el civil, el de tutelas y el de la propiedad, por las correspondientes anotaciones marginales, al lado de cada bien raíz inscrito (art. 2.°, núm. 4.° de la ley Hipotecaria, y 152 y 153 del Reglamento para la ejecución de dicha ley, art. 60 de la ley del Registro civil, y art. 290 del Código), que para un Notario un poco perspicaz y que escrupulice lo suficiente en el requisito tan substancial de la llamada fe de conocimiento, será punto menos que imposible padecer error de apreciación legal, digámoslo así, por mucha que sea la argucia y sutilidad del otorgante empeñado en aparecer capaz. Las inscripciones de los registros públicos sólo se borran por cancelaciones practicadas en forma con muy estrictas garantías. Y mientras las inscripciones prevalezcan, todo error en la calificación de la capaci-

dad legal del sujeto de un instrumento público referente á bienes sujetos á registros, argüirá, si no mala fe, sí por lo menos escasa diligencia. Mas si esto habrá de suceder por lo que atañe á bienes inmuebles, ciertamente pudiera surgir peligro por lo que toca y se refiere á los bienes muebles. La ley en sus textos tanto sustantivos como adjetivos ha tratado de hacer constar en los registros públicos todas las alteraciones que en su estado civil, y, por lo tanto, en su capacidad jurídica de disponer y administrar padezca el sujeto de derecho. Además del Registro civil y del registro de tutelas, el art. 2.º de la ley Hipotecaria previene la inscripción de las ejecutorias en que se declare la incapacidad, y por orden de la Dirección de 12 de Agosto de 1863 se mandó llevar en cada Registro un libro de incapacitados. Pero no obstante las antedichas salvaguardias, la propia adaptación de los hechos jurídicos al medio en que se desenvuelven les comunica su fisonomía peculiar y sus inseguridades exclusivas, á despecho de todas las previsiones del legislador. Un bien raíz es, por su condición de superficie ó corteza terrestre ó por su adherencia á esa misma corteza, de naturaleza intranslaticia. La mención del inmueble en la escritura de donación denuncia el Registro donde su inscripción corresponde.

Si existiese un Registro central de incapacitados y fuera obligación de los Tribunales remitir á dicho imaginado Registro testimonio, así de las resoluciones por las cuales se modifica el estado civil de las personas, como de aquellas otras restitutivas de la capacidad, nada más fácil en caso de duda que recurrir al Registro central. No siendo así, es factible que un individuo declarado incapaz en un Juzgado de las comarcas meridionales de España comparezca ante un Notario de las comarcas del centro ó septentrionales para otorgar una donación de la casi totalidad de sus bienes muebles.

Demos por supuesto que la donación se efectúa; que el donante fallece y que uno de sus hijos reclama la nulidad fundándose en la incapacidad legal declarada judicialmente de su padre al tiempo de verificar la donación. Hemos dicho en otro lugar que la vida militante del derecho escrito, de donde surgen las declaraciones dogmáticas que constituyen la jurisprudencia, tiene su fuente en la contradicción, en la lucha.

Si la donación efectuada sin capacidad para donar no es com-

batida por quien tenga interés y derecho para reclamar su nulidad, la donación prevalecerá y el donatario continuará poseyendo los bienes donados. Pero si la oposición se inicia, sobrevendrá el problema. Y preguntamos: Una demostración realizada *a posteriori*, ó lo que es lo mismo, en el pleito, de que el donante, á pesar de la declaración judicial de incapacidad que sobre él pesaba, había recobrado su capacidad mental en el tiempo en que la donación hubo de efectuarse, ¿consolidará esta última?

No sabemos hasta qué punto podrá influir en el ánimo del Tribunal, si la probanza se practicase y su resultancia generara una convicción afirmativa de la capacidad del donador, esta discordancia, esta pugna entre la realidad natural y la realidad legal; la primera proclamando la capacidad del sujeto, la segunda negándola, acaso por la omisión de las diligencias y trámites precisos para recabar una declaración judicial y cancelar las inscripciones de los Registros públicos.

La dificultad de una solución armónica se acrecienta, porque en el caso que discutimos no es lícito alegar la sustantividad de la forma, á la manera que sucede con las solemnidades instrumentales de la testamentifacción. Las omisiones formales en un testamento se erigen en causas de invalidación, porque la forma es sustantiva é intrínseca de los actos de última voluntad; pero el hecho de no recabar una declaración judicial que enerve ó destruya la anterior de incapacidad, no ataca á la substancia de la capacidad de disponer, que radica sobre una realidad natural y en modo alguno sobre la imprescindibilidad de un ritualismo mantenido con absoluta solidaridad de criterio por las teorías de los comentaristas patrios y por las declaraciones de algunos Códigos extranjeros en beneficio de terceros estipulantes, pero que, sea por descuido ó premeditadamente, ni siquiera la menciona el Código español. Esto no obstante, si en una declaración judicial reside, si no el embrión, sí el nacimiento de la incapacidad jurídica, en una declaración judicial debe residir, asimismo, la extinción de la incapacidad. ¿Cómo resolver en este pugilato [illegible] pareceres contrapuestos y de razones antagónicas, cada una [illegible] las cuales excluye la subsistencia y vitalidad de su contra[illegible] ¿Debe ó no convalidar la donación una demostración *a poster*[illegible] de la capacidad del donante en el momento de donar?

Respondemos dudosos, porque la incertidumbre es muy natural cuando se aprestan á la lucha frente á frente, de un lado el convencionalismo legal impuesto por una presunción de derecho, y de otro un hecho demostrado cuya base no es, después de todo, sino la propia realidad natural. Pero aunque nuestro pensamiento fluctúe entre uno y otro parecer, nos atrae más la solución afirmativa. Iniciado el litigio, puesta en tela de juicio la capacidad del donador en el acto de la donación, fundada la demanda en la inexistencia de una declaración judicial restableciendo el estado jurídico del incapacitado á su plena integridad, la demostración cumplida de que el donante al tiempo de donar había recobrado su salud mental, la estimamos suficiente para convalidar la donación; mas la probanza habrá de ser tan satisfactoria, tan plena, tan convincente, que ni siquiera el más leve atisbo de duda la sombree, de tal suerte, que la sospecha de que el donador pudo haber procedido en un intervalo lúcido quede destruída por la certidumbre absoluta de que se condujo en estado de completa curación y sanidad intelectual.

Otros motivos de carácter general nos inducen á opinar en el sentido indicado.

Es el primero de ellos la conveniencia, ó mejor dicho, la necesidad de purgar el derecho de convencionalismos, de tal suerte que no sofoquen con la extensión de sus ficciones el hecho jurídico, verdadera base de toda aplicación justiciable. Por regla general, los convencionalismos legales traen su origen de la aspiración de la inteligencia humana de reducir á la unidad la variedad real, facilitando la labor del pensamiento. Enfrente de la unidad jurídica de la capacidad de derecho, que comprende en su seno la multiplicidad de los actos de que el individuo puede ser sujeto, la unidad de la incapacidad derivada á su vez de la unidad de apreciación del Juez que declara la modificación del estado civil de la persona. De esta reducción científica, y por lo tanto jurídica á la unidad legal, al imperio del convencionalismo, media tan solo un paso, y en no traspasar el límite de las presunciones justas para caer en las aberraciones ilógicas de lo meramente convencional, en no dar ese paso peligrosísimo reside todo el arte de juzgar y mantener el equilibrio de la equidad, siempre cerniéndose en esferas más puras y despejadas, y el derecho positivo, siempre sujeto á las escabrosidades de la diversidad

natural y á las imposiciones egoístas derivadas de la lucha por lo tuyo y lo mío.

Si por la fuerza de un argumento estrictamente convencional, como el de la ausencia de una declaración lograda en tiempo hábil, pudiera quedar convertida en ilusoria una probanza plena sobre la capacidad del sujeto al tiempo de otorgar la donación, siquiera esta probanza se hubiese verificado *a posteriori*, á más de elevar á la categoría de elemento demostrativo de la capacidad una simple diferencia de momento, una imperceptible cuestión cronológica, convertiríamos en ilusorio el axioma sobre el que descansan las presunciones probatorias, porque empezaríamos por descartar de la operación mental, sobre la que debe descansar toda presunción, el único hecho comprobado que debiera servirnos para contrastar su realidad legal: toda presunción suple á la prueba. Por esto, allí donde la demostración de la capacidad se produce, las presunciones de incapacidad, derivadas después de todo de una omisión ritual acaso inconsciente, deben excluirse.

Otra razón asimismo de carácter general, que nos mueve á sustentar un criterio tan amplio, se cifra en la estimación de la voluntad del donador. Si la prueba practicada genera el convencimiento de que el donante, cuando transmitió sus bienes por título gratuíto, había ya recuperado su normalidad intelectual y con ella la capacidad de disponer, ¿por qué subordinar la subsistencia legal de esta voluntad á una declaración de capacidad obtenida en tiempo oportuno, es decir, antes de donar? ¿Por qué no respetar la determinación del donante, si la prueba patentiza que dicha determinación volitiva fué libre? ¿Por qué sofocar un hecho cierto y por su propia certeza antagónico de la presunción?

Por último, ni aun espigando por los campos de una utilidad, más que jurídica, económica, pueden recogerse motivos que amparen la desestimación de la prueba de la capacidad del donante efectuada después del otorgamiento de la donación. Porque si admitimos la rescisión de esta última, habría cuando menos que dejar á salvo los derechos de terceros que hubieran contratado con el donatario. Y caso de no hacerlo así, fundándose en que acciones rescisorias se dan contra tercero cuando deban su orig á causas que consten explícitamente en el Registro, como suc dería en el caso discutido, por cuanto en el Registro deben co

tar las declaraciones de incapacidad, no hay para qué expresar los daños que de una rescisión semejante se seguirían. Todo fuera bueno, y por las sensibles derivaciones de la rescisión debiera pasarse, si la incapacidad del donante en el acto de la donación fuese una verdad depurada.

Mas la incapacidad actual de disponer es una cuestión de hecho erigida á lo sumo en presunción probatoria, y por esto mismo subordinada á las resultancias de una demostración en contrario.

b) Los sordomudos que no sepan escribir.

Extrañará acaso á nuestros lectores el que incluyamos entre las incapacidades absolutas para donar la que, en nuestro sentir, sufren los sordomudos que no saben escribir, siendo así que la medida de la incapacidad de los sordomudos queda, según el artículo 218, á la determinación de los Tribunales, según el grado de incapacidad de aquéllos.

No tiene capacidad para donar quien no disfruta de ella para contratar. No puede contratar quien no puede consentir; es así que el sordomudo que no sepa escribir es incapaz de prestar su consentimiento, luego carece de la capacidad necesaria para transmitir sus bienes por donación *inter vivos*. Este silogismo compuesto, no admite réplicas por lo mismo que sus premisas son otras tantas verdades indiscutibles.

El fundamento de la expresada restricción está tan á la vista, que en rigor no hay para qué detenerse en esclarecerla.

El sordomudo que por la influencia de los medios educativos aprende á expresar y comunicar su pensamiento mediante los signos de la escritura, se nivela, en punto á su capacidad jurídica, á los dotados por naturaleza del uso de la palabra. Ni el temor de un engaño autorizaría la capitidisminución de su derecho á disponer por actos *inter vivos*, ni seguramente los Tribunales, al fijar la extensión y límites de su tutela, si á ella hubiere lugar, cercenarían su capacidad tocante á dicho extremo.

El legislador, al considerar incapaz de consentimiento válido al sordomudo que no sabe escribir, procede, no tanto en contemplación á la imposibilidad de este último de reflejar al exterior su pensamiento, que al cabo por señas pudiera hacerse comprender, como en mérito á los justos motivos de las inseguridades y deficiencias anexas á la expresión mímica.

La expresión fonética del lenguaje, ó mediante los signos de la escritura corriente, cuenta en su apoyo con la consagración de su propia universalidad; la expresión mímica es, digámoslo así, privativa de una clase determinada, es á saber, de los sordomudos, y la forma léxica del consentimiento debe ser la universal, para que no pueda sombrear la incertidumbre el elemento substancial de toda estipulación.

C. Los declarados judicialmente pródigos.

La incapacidad proveniente de la prodigalidad, deriva de la declaración de los Tribunales. No todos los naturalmente pródigos pueden serlo legalmente, y aun cuando esta afirmación parezca paradógica, es, sin embargo, cierta, comprobándolo así el artículo 222 del Código, según el cual, sólo pueden pedir la antedicha declaración el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio fiscal por sí ó á instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores ó incapacitados. Dedúcese de lo expuesto que la incapacidad para donar de los pródigos no proviene de la irregularidad dispositiva, de las dilapidaciones económicas que caracterizan natural y jurídicamente la prodigalidad, sino de la existencia de seres ligados al pródigo por vínculos estrechos generadores de deberes, y del peligro de que estos deberes queden desatendidos.

Un pródigo célibe ó viudo y sin herederos forzosos podrá donar, y las donaciones que otorgue serán válidas, porque no recaerán en perjuicio de ninguno de los seres á quienes por naturaleza y por ley corresponden preferentemente, las afecciones, los cariños, y en cierto modo, los elementos económicos del pródigo en cuanto por su naturaleza constituyen el medio adecuado para la satisfacción de sus obligaciones.

Las reglas que deben tenerse en cuenta para graduar la capacidad de los pródigos, pueden condensarse en las que á continuación insertamos:

A. La incapacidad del *prodigus* para disponer de sus bienes por actos de transmisión gratuítos no dimana fundamentalmente de la demostración de sus dilapidaciones, aun cuando esto parezca paradógico, sino de la existencia del cónyuge ó de ascendientes y descendientes que deban heredar forzosamente.

B. Sólo están incapacitados para donar los pródigos declarados tales por pronunciamiento judicial.

C. En tanto subsiste la incapacidad del pródigo declarado tal para transmitir sus bienes por donación, en cuanto viva su cónyuge ó las personas que deban heredarle forzosamente, es decir, sus ascendientes y descendientes.

D. La incapacidad de los pródigos para donar debe ser clasificada entre las incapacidades jurídicas absolutas, con excepción de alguno que otro caso que más adelante dilucidaremos.

Hasta tal punto es la donación el instrumento de la prodigalidad, que el mismo Código pone un límite á estas enajenaciones gratuítas, procediendo al decretarla con la mira puesta en que si la prodigalidad legal, llamémosla así, nutre sus raíces en la presencia de deberes ineludibles para con los seres más íntimamente ligados por vínculo de sangre con el pródigo, esta prodigalidad cuasi legal donde se apoya la tasa de las donaciones, se cimenta en la existencia de deberes del pródigo para consigo mismo, entre los cuales se halla antes que ningún otro el de conservar su vida.

Por esto, por esa identidad de pensamiento, por la común idea de la prodigalidad, se explica que el legislador incapacite para donar al pródigo declarado así por los Tribunales de justicia, y tase la cuantía de las donaciones declarando en el art. 634 que la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante ó parte de ellos, con tal que éste se reserve en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

Y no habría más que exponer acerca de la incapacidad absoluta de los declarados pródigos para transmitir sus bienes por título gratuíto, si la duda no nos hostigara con sus desconfianzas respecto de los problemas estrictamente jurídicos que se rozan con la materia que en este momento estudiamos. Sumisos al pensamiento que nos guía, antes que esquivar la dificultad, la buscamos exprofeso; si la montaña no viene hacia nosotros, nosotros vamos hacia la montaña; muy firmemente persuadidos de que si alguna vez sustentamos un criterio equivocado, nos exculpa, aparte lo falible de nuestra condición, el buen deseo de iluminar los parajes obscuros del Código nuevo, lanzando ideas, muy humildes por ser nuestras, pero que puedan servir como punto de partida para más fructuosas exploraciones.

El primer tema que sometemos á la apreciación jurídica de nuestros lectores, es el siguiente:

La donación *inter vivos* otorgada por un pródigo, declarado tal por sentencia ejecutoria, y consiguientemente sin capacidad para donar, ¿se convalidará si con posterioridad al otorgamiento y no habiéndose reclamado su rescisión por las personas con derecho para ello, fallecieren el cónyuge y los herederos forzosos?

Segundo tema.—¿Será válida la donación *inter vivos* hecha por el declarado pródigo en favor de uno de sus hijos legítimos?

Examinaremos ambos temas con la debida separación, valiéndonos, según nuestra costumbre, de casos prácticos.

Primer ejemplo.—*A*, declarado judicialmente pródigo, ocultando la restricción que padece en su capacidad de disponer, dona á *B* por escritura pública un cuadro de extraordinario mérito y valor: un Velázquez, un Rafael, un Rubens, un Botticcelli, etc. Demos por supuesto que aún viven los padres de *A*, sus herederos forzosos. Imaginemos asimismo que éstos, validos de la declaración de prodigalidad y en defensa de sus derechos lesionados, reclaman la invalidez de la donación, fundándose en la incapacidad de disponer del donador. Admitamos, por último, que estando tramitándose el litigio, fallecen los padres de *A*. Dado este conjunto de circunstancias, preguntamos: ¿Por el fallecimiento de los ascendientes de *A*, se convalidará la donación? Caso de que la donación no se convalide, ¿podrá *A* proseguir, como heredero de sus padres, la acción de rescisión entablada por aquéllos, contradiciendo sus propios actos? La dificultad de una resolución acertada reside, en este como en otros tantos problemas del derecho, en la inarmonía entre las férreas derivaciones de la letra, subordinadas á la unidad contextual, verdadero tipo matriz presentado por el legislador, y la tendencia moral manifestada en uno ú otro sentido, como resultado de la diversidad con que suele revelarse en sus modalidades y aspectos un mismo elemento jurídico. Por ejemplo: Un elemento jurídico, acaso el más transcendental en las relaciones de la vida civil, es el de la capacidad ó incapacidad de derecho. El legislador recoge este elemento, elabora sobre él, fúndelo en la común turquesa d precepto escrito, y ofrécenos el concepto afirmativo de la cap cidad, y por eliminación de sus factores componentes, el concep negativo de la incapacidad, tan explicable por una negación

como lo es, v. gr., el concepto físico de la obscuridad por la ausencia de la luz.

¿Pero es que acaso dentro del concepto abstracto y uno de la capacidad, tal como el legislador nos le ofrece, no surge el aspecto, la modalidad, lo específico, dentro de lo genérico? Hé aquí dónde reside la complejidad del problema, porque *el aspecto* prodigalidad es típico y no es posible, dentro de un racional discurso y una perspicaz diferenciación, reducir á lo absoluto de los principios que rigen la convalidación de los contratos, un caso que tiene sus líneas propias, sus rasgos exclusivos. Los prudentes juzgarán la hipótesis que hemos planteado de la siguiente manera:

Si el declarado pródigo carece de capacidad para donar, claro es que cualquiera donación que efectúe nace ya viciada de nulidad. Los padres del pródigo podr án ejercitar dicha acción, así por su carácter de tutores en defecto del cónyuge, como porque siendo herederos forzosos de su hijo y continuadores de su personalidad, recaerían en su perjuicio las transmisiones gratuítas é irreflexivas del declarado pródigo. Además, si en pro de los herederos necesarios y del cónyuge, y por su petición, consiente la ley el pronunciamiento de la prodigalidad, no sería aquélla lógica y consecuente si dejara de otorgarles á los padres la acción necesaria para destruir cualquier acto transmisivo que, por otorgarse ya después de la declaración de *prodigus* y sin capacidad para ello, llevara en sí mismo el germen de la nulidad. Tratándose de un acto esencialmente nulo, el fallecimiento de los padres del pródigo no implica, en manera alguna, la absolución de los vicios congénitos de la donación; y á lo sumo, la nulidad se convalidaría si el hijo, es decir, si el pródigo, ejercitando el *jus confirmationis*, ratificara la donación, bien por un acto expreso, bien por la ejecución de ciertos hechos que denunciasen la voluntad de renunciar á la acción de nulidad.

Este modo de resolver el problema envuelve el supuesto legal de que el hijo al suceder á su padre adquiere por herencia la acción que sus antecesores habían comenzado á ejercitar contra la validez de la donación.

Tal vez si como Abogados se nos consultase acerca de este punto, coincidiríamos con el criterio de los prudentes, porque el empirismo de nuestros Tribunales requiere gran mesura, y aun

así, no siempre acierta el jurisperito. Pero no todo en el mundo del derecho se resuelve por la prudencia, rayana casi siempre en los lindes del temor, y muchas veces, una decisión reflexiva descubre más ancho campo.

No en la concreción legal del concepto genérico de incapacitado ha de buscarse el factor sobre el cual debe elaborar el pensamiento. Hay que ser lógicos ante todo, apoyando la investigación en la naturaleza propia del concepto de la prodigalidad.

La incapacidad de derecho que proviene de la demencia, de la sordomudez ineducada y de la menor edad, reposa sobre un hecho, sobre una realidad natural, bien sea ésta el estado morboso cerebral del sujeto, su incomunicación con el mundo exterior ó el incompleto desarrollo intelectivo. La crítica descubre del mismo modo en el pródigo una alteración cerebral patológicamente caracterizada, entre otros signos, por la decadencia de las facultades afectivas y por el desprecio de los medios económicos necesarios para el mantenimiento de la posición social. Pero la ley civil española, sin descender á estas determinaciones—acaso por estimar que la fase irregular, llamémosla así, de la prodigalidad se localiza á un solo aspecto de la vida de relación,—en tanto incapacita al pródigo, en cuanto la desmembración irreflexiva de su patrimonio pueda refluir en daño y abandono de los seres más allegados del dilapidador y con cuyos seres le liguen deberes indestructibles.

Es decir, que en concepto del legislador español, el pródigo no es un ser incapaz, sino un ser peligroso para el desenvolvimiento económico de la familia íntima, cónyuge, ascendientes y descendientes. Confírmalo así, no solamente el art. 224 al sancionar que la declaración de prodigalidad no priva al pródigo de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona de aquél, sino el hecho que de un modo irrefragable se desprende del contexto y del espíritu del Código, y según el cual no puede ser tachado de pródigo el que carezca de cónyuge, de ascendientes y de descendientes.

No pecará ciertamente de atrevida ni de aventurada la deducción que plantee como cierto el precepto de que la incapacidad *sui generis* que lleva consigo la prodigalidad, habrá de desvanecerse tan pronto como los peligros desaparezcan, ó lo que es igual, en el momento en que fallezca el cónyuge, los ascendientes

y los descendientes del pródigo. Y siendo esto así, ¿por qué no convalidar *ipso facto*, en el supuesto que estamos desarrollando, la donación otorgada por el pródigo si por el fallecimiento del cónyuge ó de los ascendientes y descendientes desaparecen las únicas personas que rigorosamente podrían alegar la nulidad de la transmisión gratuitamente verificada? Esta solución podrá tal vez ser objeto de recusaciones por los puristas de la letra, por los que cifran la tranquilidad de su espíritu, hasta cierto punto justiciero, en la aplicación rigorista del texto; pero á estos mismos les preguntamos: ¿es más jurídico, más moral, aun más legal que el pródigo, capaz por la ley, según hemos demostrado (puesto que su relativa incapacidad deriva de la existencia de personas que le están íntimamente ligadas con vínculos de sangre), pueda destruir la donación á que el ejemplo alude, contradiciendo sus propios actos y aun mofándose del principio legal que considera irrevocables las transmisiones á título gratuíto, si no concurren causas taxativamente previstas? Porque las acciones se transmiten al heredero lo mismo en estado militante que en estado yacente, y de adoptar el criterio opuesto podría darse el caso irregular de que el pródigo ejercitara la acción de nulidad de la donación que él propio efectuó en tiempo de su ascendiente. Expuesto queda el problema y las dos soluciones de que es susceptible. Nuestras aficiones se inclinan por la segunda, sin dejar de reconocer que acaso prevalezca la primera en el sentir de los que profesan el Derecho con todas las correcciones académicas y juzgan con peso y medida.

El segundo tema que hubimos de exponer adolece de este mismo dualismo resolutivo. ¿Podrá el declarado judicialmente pródigo, otorgar una donacion *inter vivos* en favor de su cónyuge de su ascendiente ó de su descendiente?

Para hacer resaltar más *el caso,* imaginemos que el Juzgado, en el uso de las atribuciones que le confiere el art. 221 del Código civil al determinar los actos prohibidos al pródigo, incluye las donaciones, sin distinguir entre las diversas clases de éstas.

Desde luego sospechamos que dada la particularidad del caso resentado, la mayoría de las opiniones se decidirán por la negativa, siquiera sea sólo por la virtualidad de la prohibición judicial y la imposibilidad de distinguir allí donde ésta se da por supuesto que no distinguió.

Sin embargo, nosotros mantenemos la tesis contraria, fundándonos para ello: 1.° En que si á los declarados judicialmente pródigos se les incapacita para donar es con el fin de evitar que por dicho medio puedan transmitir gratuítamente sus bienes en favor de personas extrañas á la familia; lo que no ocurre cuando los bienes toman, por virtud de una donación otorgada á un hijo, un cauce propio y natural. 2.° En que la donación *inter vivos* hecha por un ascendiente en beneficio de su descendiente inmediato, no es, después de todo, sino una anticipación de la legítima, corroborándolo así el art. 809 del Código al disponer que las donaciones hechas á los hijos que no tengan carácter de mejora se imputarán en su legítima. 3.° En que aun cuando la donación se repute mejora por virtud de la declaración expresa del donante en dicho sentido (art. 825), esto no puede afectar á la validez de la donación, porque su analogía jurídica, notoriamente manifiesta, con las disposiciones testamentarias, autoriza para sostener la capacidad del pródigo, toda vez que le son perfectamente lícitos los actos de última voluntad.

Atendidos los fundamentos que anteceden, opinamos que la incapacidad absoluta de los declarados judicialmente pródigos para transmitir sus bienes por actos de mera liberalidad admite una excepción; es á saber: la de que el pródigo otorgue la donación en beneficio de los llamados á heredarle necesariamente. No hay para qué expresar que el pródigo habrá de someterse á los preceptos positivos que establecen el límite de las donaciones.

Así, v. gr., si *A*, declarado pródigo, tiene ascendientes y descendientes, sólo podrá donar en pro de los primeros aquella parte de la cual pueda disponer libremente por testamento.

***

Aun cuando dentro del plan expositivo exegético adoptado por nosotros debieran quedar excluídos aquellos hechos jurídicos no previstos por el Código y consiguientemente no elevados á la categoría de tipos matrices, preferimos quebrantar algún tanto este rigor en beneficio de la mayor amplitud y utilidad del c mentario.

La doctrina referente á la capacidad para otorgar y recib donaciones nos conduce por modo insensible á tratar de un ca

revelado expresamente por un artículo del Código portugués, aunque virtualmente resuelto por nuestro Código con la enunciación generalísima de un principio substancial, y formulado por esto mismo con la abstracta latitud de los artículos fundamentales.

Dice así el art. 1.480 del Código civil lusitano: «Son nulas las donaciones hechas por un hombre casado á su concubina. Esta nulidad sólo puede declararse á instancia de la mujer del donante ó de los herederos legítimos de ella, no pudiendo, sin embargo, intentarse la acción sino dentro de dos años después de disuelto el matrimonio.» La donación otorgada por un hombre casado en obsequio de su manceba, fuera aparte de la ofensa que infiere al vínculo matrimonial, debe ser considerada como un acto de prodigalidad, así por la decadencia afectiva que arguye, como por la dirección desviada que imprime á los bienes. Mirando el caso desde dicho punto de vista, hemos creído oportuno desarrollarlo en este lugar. Contrayéndonos ya á la circunscripción propia del Código nacional, ¿podrá tacharse de nula la donación *inter vivos* otorgada por un hombre casado en favor de su concubina?

Porque á primera vista la incertidumbre acaso sugiera á nuestros lectores la observación de que si el legislador patrio tuvo, sin duda, á la vista el texto del Código portugués y no lo transcribió, debió ser porque allá en los arcanos de su pensamiento consideró más justo omitir la mención de dicho supuesto, consintiéndolo en cierto modo con su silencio.

Quien tal pensare cometería, según nuestro sentir, un error gravísimo. Jamás la inmoralidad puede escudarse, y mucho menos justificarse con el silencio del legislador. No todo silencio acusa permisión, porque si así fuera, al amparo de esta regla de hermenéutica tan acomodaticia, vegetaría la más odiosa de las hipocresías, la hipocresía de la justicia. La donación hecha por un hombre casado á su manceba debe ser, y es ciertamente, nula; y si los civilistas españoles autores del Código no han articulado el caso prescrito por el Código lusitano, ha sido, entre otros motivos ya expuestos, porque hubieron de recordar aquella sabia *regla 36 de la Séptima Partida*, según la cual, «los sabios dixeron *que non se deuen fazer las leyes, sinon sobre las cosas que suelen acaescer a menudo*. E por ende non ouieron los antiguos cuydado de las fazer sobre las cosas que vinieron pocas vezes, porque te-

mieron que se podria judgar por otro caso de ley semejante que se fallase escrito.»

Y sincerado el Código español de esta, que no puede calificarse de omisión, digamos, apoyándonos en el laconismo de un texto legal: ¿por qué debe reputarse invalidada la donación que un hombre casado otorgue en obsequio de su concubina? Respondemos: tan sólo por su inmoralidad. Reconozcamos, ante todo, que los tintes desabridos de lo inmoral resaltan vigorosos en el caso que nos ocupa. Mientras la indisolubilidad y la monogamia constituyan las bases del régimen matrimonial, ínterin al lado de la mujer legítima pueda dibujarse la figura de la manceba, será inmoral posponer aquélla á esta última, cercenándole afectos y cariños á la esposa para otorgárselos á la concubina.

Sentada esta primera premisa, recordemos que, según quedó ya expuesto en otro lugar de este mismo tomo, la donación, siquiera se la califique de acto, es un verdadero contrato cuya causa estriba, como la de todos los contratos de beneficencia, en la mera liberalidad del bienhechor. Ya tenemos también la segunda premisa; pero es preciso investigar un tercer término. A tenor del art. 1.275, los contratos sin causa ó con causa ilícita no producen efecto alguno, y es ilícita la causa cuando se opone á las leyes y á la moral. Reunidos todos los elementos del raciocinio, ordenemos el silogismo, y aunque su sencillez discursiva no es ciertamente la de un entimema, no por eso deja de mostrarse fácil y espontánea la conclusión. Si los contratos cuya causa es ilícita, se reputan nulos; si es causa ilícita toda prestación inmoral; si la inmoralidad de la donación hecha por un hombre casado á su manceba no se puede negar, es indiscutible la nulidad de semejantes transmisiones.

Mas ¿quién podrá pedir la declaración de nulidad? Aunque respecto de este extremo la obscuridad del Código se manifiesta por modo más sensible como consecuencia de no haber reproducido el precepto del art. 1.480 del Código portugués, creemos que los facultados para solicitar dicha declaración deben ser el cónyuge inmediatamente lesionado, y sus herederos necesarios (descendientes), que lo son á su vez del marido. Aceptando en parte, separándonos en algo de lo consignado por el derecho civil lusitano, nosotros estimaríamos lícito el ejercicio de la acción de nulidad por la ilicitud de la causa de la donación: 1.°, en todo caso

desde la disolución del matrimonio; 2.°, asimismo siempre que concurriese alguna de las causas por las cuales procede la disolución de la sociedad conyugal.

De sobra comprendemos que ante el mutismo del Código patrio, en punto á los particulares acabados de mencionar, y ante los preceptos taxativos de los artículos 1.302 y 1.305, los devotos de la santa intransigencia textual, verdaderos disciplinantes del Derecho, nos tacharán de fantaseadores. Antes preferimos este cargo que no el que se nos pudiera acusar de fundamentar sobre las omisiones y descuidos del legislador, todo un sistema interpretativo.

¿Es ó no cierto que la donación hecha por el marido en obsequio de su manceba reconoce por causa una prestación inmoral y por lo mismo nula? Pues si es cierto, como nosotros firmemente pensamos, nada más lógico ni más jurídico que la investigación acerca del sujeto capaz, ejercitante de la acción de nulidad. Y si el Código no lo expresa, téngase presente que el Código no es todo el Derecho, sino un planeta tan solo en el firmamento jurídico.

El Código español desenvuelve la materia de la nulidad de los contratos con exclusiva relación á las partes estipulantes, sin detener su atención volandera en que la realidad, tan varia en sus manifestaciones, ofrece casos, tal como el que estamos estudiando y los que le han precedido, concernientes á la donación efectuada por los declarados judicialmente pródigos, en cuyos casos, por recaer el perjuicio en contra de los descendientes, ascendientes y cónyuges del donador, terceros respecto de la donación, deberíaseles revestir, para la defensa de sus derechos y aun de sus esperanzas, siempre más legítimas que la de un extraño, de la acción de nulidad.

Si á la sombra del Derecho escrito plantó el legislador el varal del Derecho en principios, fué sin duda para que floreciera cuando por una de esas combinaciones y cruces de lo fortuíto se presentase en la arena de discusión y de lucha del derecho militante, el caso no sorprendido por el legislador en sus exploraciones mentales por una imaginada realidad.

En nuestras investigaciones hemos descubierto el caso, y hemos preferido exponerlo y resolverlo según nos lo ha dictado un criterio desprovisto de prejuicios, antes que silenciarlo.

d) Los condenados con la pena de interdicción civil.

Uno de los efectos civiles anexos á la interdicción civil es el de quedar, el que la sufre, incapacitado para disponer de sus bienes por actos *inter-vivos*.

El texto del Código penal (art. 43) no puede ser más explícito; así es que toda incertidumbre se disipa. Sin embargo, con respecto al interdicto, resurge el mismo problema relativo á sí, no obstante la categórica prohibición del art. 43 del Código penal, podrá donar *inter vivos* en favor de su cónyuge, de su ascendiente ó de su descendiente.

El mismo argumento aducido al tratar de la prodigalidad, en contra de una hipótesis afirmativa, es factible reproducirlo en este lugar y acaso con mayor fuerza de convencimiento. El art. 43 del Código penal no es, después de todo, sino una degeneración, ó mejor dicho, una atenuación de la cruelísima muerte civil, con la diferencia de que si ésta amortizaba, por decirlo así, la personalidad jurídica de una vez y para siempre, abriendo la sucesión hereditaria del condenado, la interdicción amortiza temporalmente esa misma personalidad civil, pero sin decretar la sucesión, como quiera que dicha pena accesoria se nos ofrece moldeada por la temporalidad.

Atendiendo al pensamiento del legislador, debe sin duda alguna rechazarse la posibilidad de que el interdicto pueda ejecutar algún acto de transmisión *inter-vivos*. Autorizarle á ello valdría tanto como romper esa incomunicación social en que su propia maldad le coloca. Pero si desde el punto de vista meramente legal debe prevalecer la negativa, ¿quién duda que mirando la cuestión desde su aspecto crítico deberían conceptuarse lícitas las donaciones *inter-vivos* hechas por el interdicto en favor de sus hijos, v. gr., siquiera la restricción comprendiere á los padres y al cónyuge por el temor de que sirviendo de intermediarios y como personas interpuestas, pudieran frustrar el propósito de la ley?

La donación *inter-vivos* otorgada en favor de un hijo es, como antes hemos dicho, una anticipación de la cuota hereditaria legítima, cuando no ha sido expresamente concedida en concepto de mejora. Bajo cualquiera de estos dos aspectos que se la considere, su semejanza con las disposiciones de última voluntad es indiscutible; porque, aun cuando se otorgue en contemplación

la vida y no *contemplatio mortis*, su efecto definitivo y substancial viene á producirlo después del fallecimiento del donante. Ahora bien: si las transmisiones *mortis causa* le son lícitas al interdicto, ¿por qué no han de serle igualmente consentidas estas donaciones en favor de los hijos, tan semejantes en su finalidad á las disposiciones sucesorias, cuanto que, como es visto, se resuelven en el mismo efecto? Pero, además, ¿por qué ahogar en el ser degradado que padece la interdicción civil, la explosión de estos sentimientos que tal vez acusen un principio de regeneración?

2.° *De las incapacidades relativas para transmitir por título de donación.*

a) Las mujeres casadas sin el consentimiento del marido.

Calificamos de relativa la incapacidad que la mujer casada padece con respecto á la libre disposición de sus bienes, y consiguientemente á la facultad de otorgar donaciones *inter-vivos*, tanto porque mediando el consentimiento del marido la donación es perfectamente legal, cuanto porque la restricción que la ley impone á la mujer casada no proviene de un estado natural morboso como la locura, ó imperfecto como la sordo-mudez, ni deriva de una declaración judicial como acontece con los pródigos é interdictos, sino de la necesidad de crear un poder directivo en la sociedad matrimonial, y de la hegemonía del varón, iniciada ya cuando, desaparecida la filiación de derecho materno, surgió la familia patriarcal.

Tan relativa y accidental es la incapacidad de la mujer casada para disponer de sus bienes por título gratuíto, cuanto que arranca exclusivamente de su posición social en la familia, patentizándolo así el caso de la mujer soltera ó viuda mayor de edad, perfectamente capaz para toda clase de obligaciones y contratos, v. gr., las donaciones matrimoniales (artículos 1.327 y 1.331).

Algunos Códigos extranjeros, entre otros el Código Napoleón (artículo 905), particularizan en la expresión concreta de un artículo esta incapacidad accidental ó relativa que en la mujer genera el matrimonio. Así es que dicho Código expresa que la mujer casada no podrá hacer donaciones *inter-vivos* sin la concurrencia ó el consentimiento especial de su marido ó sin estar autorizada por los Tribunales, conforme á lo que prescriben los artículos 217 y 219 en el título del matrimonio.

El Código patrio ha comprendido este caso dentro de los preceptos generales que regulan la capacidad jurídica de la mujer casada. Si, según el art. 61 del Código civil, la mujer no puede sin licencia ó poder de su marido enajenar sus bienes ni obligarse, salvo los casos y las limitaciones establecidas por la ley; si los únicos actos lícitos, desde el punto de vista legal, que la mujer puede practicar sin la licencia del cónyuge se reducen á la otorgación de su testamento y al ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro y respecto á los bienes de los mismos; si la donación se reputa en derecho como acto de enajenación, tal vez el más peligroso por lo mismo que su causa es un sentimiento de mera liberalidad; no hay para qué esforzarse en demostrar que la doctrina del art. 905 del Código Napoleón hállase virtualmente contenida en los textos del Código patrio que acabamos de mencionar.

Pero si esta es la regla general, la unidad jurídica, por decirlo así, dentro de esa unidad, refléjase la variedad en las distintas clases de bienes que en el orden económico del matrimonio existen y aun en las diversas situaciones que pueden producirse sin que el rompimiento del vínculo sacramental haya tenido lugar. Ante todo, ocupémonos de los bienes gananciales, estado económico que por su frecuencia en el matrimonio requiere la primacía.

Es el marido el administrador de la sociedad conyugal, y en su consecuencia, la ley le faculta (art. 1.415) para hacer donaciones moderadas con los bienes gananciales, siempre que el objeto que aquéllos se propongan sean actos de beneficencia ó de piedad, pero sin reservarse el usufructo.

En oposición á estos derechos privativos del marido establece el Código las restricciones de la capacidad de la mujer, y á su tenor ésta no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (art. 1.416).

Dedúcese que la mujer carece de capacidad para donar los bienes gananciales, salvo si el marido le otorga su licencia, porque dada esta hipótesis, cabe asegurar que proceden de mutuo acuerdo.

El mutuo acuerdo equivale ó suple á la licencia marital, y por

eso el art. 1.409 dispone que serán de cargo de la Sociedad de gananciales *el importe de lo donado* ó prometido *á los hijos comunes* por el marido, solamente para su colocación ó carrera, *ó por ambos cónyuges de común acuerdo*, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo ó en parte.

Alguna mayor libertad disfruta la mujer casada en lo referente á sus bienes parafernales, libertad que debiera traducirse por un acrecentamiento de su capacidad jurídica.

Cierto es que, según el art. 1.387, la mujer no podrá, sin licencia de su marido, *enajenar*, gravar ni hipotecar los bienes parafernales, pero no es menos cierto, en sentir de algunos, que el artículo provee á la negativa del esposo, consintiendo la enajenación, gravamen é hipoteca de los expresados bienes, si la mujer es habilitada judicialmente al efecto.

Dudosa es ciertamente la hipótesis, porque si bien la redacción del art. 1.387 es defectuosa, y por ende propensa á confusiones, no es tanta su obscuridad que no revele cuando menos que la habilitación judicial á que el susodicho artículo alude se contrae con exclusividad á suplir la falta de licencia del marido para comparecer en juicio. Y nos aferramos á ese criterio, con tanto más motivo cuanto que, concordando en la medida de lo posible el Código civil con la ley adjetiva por excelencia, ó sea la de procedimientos, notamos que esta última solamente desenvuelve entre los actos llamados de jurisdicción voluntaria el procedimiento adecuado al efecto de obtener la habilitación, para ejecutar ante los Tribunales las acciones procedentes. Sirva esto como anticipación de ideas, puesto que dentro de este mismo comentario hemos de volver sobre la cuestión, aun cuando desarrollándola en toda su amplia generalidad.

La vida económica del matrimonio pasa en ocasiones por ciertos estados en los cuales, bien por recaer la administración de todos los bienes en la mujer, bien por la separación decretada respecto de dichos bienes, desaparece esa hegemonía y predominio del varón. Pero, aun entonces, lo mismo el art. 1.442 que el 1.444, preceptúan que la mujer durante el matrimonio no podrá, sin licencia judicial, enajenar ni gravar los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido.

Resumiendo lo expuesto, derívanse las siguientes reglas:

A) La mujer casada no podrá disponer por donación de los bienes gananciales y parafernales, sin la licencia de su marido.

B) Esto no obstante, si por causa de ausencia, interdicción civil ó por divorcio, del que fuere culpable el marido, se decretase la separación de los bienes de los cónyuges, la mujer podrá donar libremente, aunque siempre dentro del límite legal, los bienes muebles que le hayan correspondido al verificarse la liquidación.

Esto es lo que se desprende de los preceptos del Código civil, analizados con verdadera escrupulosidad. Réstanos tan sólo, para dejar ultimado este extremo relativo á la incapacidad accidental de la mujer casada, esbozar ligeramente un punto un tanto problemático, más con la mira de despertar ideas, que con la pretensión de dejarlo resuelto de un modo absoluto y cierto.

El art. 905 del Código Napoleón nos ha sugerido la duda con respecto al Código patrio, y como no deja de ofrecer interés y por otra parte reina sobre el particular una discordancia de opiniones manifiesta, queremos exponer nuestro pensamiento, no por lo que en sí valga, sino para perfeccionar la materia que estamos desarrollando.

La ley 57 de Toro, 13, tit. I, libro X de la Novísima Recopilación, dispuso que «*el Juez con conoscimiento de causa legítima ó necesaria compela al marido que de licencia á su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, e si compelido non se la diere, que el Juez sólo se la pueda dar*». Como es visto, la ley de Toro transcrita en la Novísima suplía á la negativa injustificada del marido cuando mediaba causa necesaria ó legítima, con la autorización judicial. Pero es que la ley de Toro ya no rige, porque por la clásica legislación castellana ha pasado como espada de fuego el art. 1.976 del Código civil. Y es también singularidad digna de ser tenida en cuenta la de que la doctrina de la *ley 57 de Toro* no ha encarnado en ningún precepto decisivo y categórico del nuevo Código, hallándose alguna que otra remembranza de aquélla, mas con referencia á la aceptación y repudiación de la herencia (art. 995) y á la habilitación para comparecer en juicio. La ley de Toro hubo de inspirarse en la realidad, lo cual demuestra que las disidencias conyugales originan muchas veces resistencias sin causa, cuya remoción

debe quedar al criterio ilustrado del Juez. Pero esta apreciación tan real, tan patente, ¿ha podido pasar desapercibida á los legisladores modernos, cuando como pauta ó norma de sus trabajos proponíales una ley de bases la misión de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras antiguas leyes? Fundadamente debiera rechazarse este aserto y conjeturar por virtud de estas presunciones derivadas del no hacer, deliberado y consciente, que si los autores del Código no han reproducido en su integridad la doctrina de la *ley 57 de Toro*, es porque con la mutilación de esta prerrogativa judicial han pretendido fortalecer el poder y prestigio marital, basándolo sobre la voluntad del cónyuge y no sobre el criterio más ó menos tornadizo y más ó menos transigente del Juez. Aun cuando estas razones quebrantan un tanto nuestra convicción, como por otra parte el Código revela su espíritu en el sentido de remediar por la habilitación judicial un disenso sin justificaciones, v. gr., el caso del art. 985, mantenemos el criterio expuesto en el comentario del art. 61, tomo II, ya que, revelada la intención del legislador, no debiera haber inconveniente en ampliarla á casos análogos. Después de todo, el precepto de la ley de Toro no fiaba en el capricho del juzgador, sino en la conveniencia ó necesidad del acto para cuya eficacia jurídica hubiera pretendido la mujer casada la autorización de su marido.

Pero la propia generalidad de las reglas, por mucha que sea su amplitud, y acaso por esto mismo, tolera la excepción, y bien pudiera suceder que el caso de la donación constituyera una de aquéllas. Dados estos antecedentes, tenemos derecho para preguntar: Contra el disenso del marido á que su mujer otorgue una donación *inter vivos*, ¿procede algún recurso? En tesis general, pensamos que no.

Si apreciamos la cuestión desde el punto de mira restrictivo que el silencio del Código acusa, porque de ser lícito algún recurso, quebrantaríase la autoridad del marido, convirtiéndose la prestación ó negación del consentimiento en un grado intermedio para obtener el asenso del Juzgado, en donde radicaría, en definitiva la facultad de consentir, y si optamos por el criterio opuesto, porque fundada la habilitación judicial en justas causas de necesidad ó utilidad, no podrían en sentido estricto reputarse útiles y necesarios aquellos motivos puramente morales y de afecto que

determinaran á la mujer casada á desprenderse de alguna parte de sus bienes en beneficio de un extraño. Mas como la variedad de las relaciones jurídicas es tanta por efecto de la diversa posición legal y económica que los sujetos de derecho adoptan en la vida social, pudiera en ocasiones presentarse, si no la causa necesaria, sí la causa útil, surgiendo de nuevo el problema de si la negativa del marido puede ser destruída por una declaración judicial. Pondremos un ejemplo: *A*, viuda y con un hijo, contrae segundo matrimonio, aportando muebles y raíces en concepto de bienes de su pertenencia.

Perdida la patria potestad por efecto de las segundas nupcias, *A* pretende favorecer al hijo habido de su primer enlace, otorgando en su pro una donación *inter vivos* deducida de los bienes propios que bajo tal calidad hubo de aportar.

Demos por supuesto que la mujer solicita de su marido el consentimiento, y que éste se lo niega. ¿Contra esta negativa podrá recurrir la mujer ante los Tribunales de justicia? Caso de que recurra, ¿deberá prosperar su demanda? Aun dada la singularidad del caso, opinamos en sentido negativo; y no ciertamente porque conceptuemos desautorizado el dictamen contrario, á todas luces más equitativo, aunque no tan legal, sino porque la donación por su naturaleza esencialmente gratuíta es antagónica de toda idea de necesidad ó utilidad respecto del donador. Necesario es para el donante un contrato de compra venta si por él obtiene los elementos precisos para su subsistencia; necesario y aun mejor útil es un contrato de arrendamiento de bienes raíces; pero la donación no puede invocar en su apoyo estas cualidades jurídicas de la necesidad y la utilidad, porque la transmisión que el donante realiza no encuentra otras compensaciones que las puramente afectivas, y sin equivalencias económicas. Además, toda la teoría de la habilitación judicial en defecto de la licencia del marido reposa sobre dos factores que la integran. A saber: causa de necesidad ó utilidad: que el beneficio recaiga en pro de quien transmite, no en favor del adquiriente. Ninguno de estos dos factores concurre en la donación.

b) El concursado no rehabilitado.

A primera vista podrá objetarse que la incapacidad del declarado en concurso para transmitir sus bienes por título gratuito es tan absoluta, como, v. gr., la incapacidad del demente. Res-

pondemos: No guardan paridad los casos. Calificamos de relativa la incapacidad de los concursados, así porque no deriva de un estado natural, cuanto porque se contrae á un tiempo limitado (el de la duración del concurso), y proviene de una posición económica desequilibrada, ó lo que es lo mismo, del desnivel entre el activo y el pasivo y el incumplimiento forzoso de las obligaciones corrientes.

Además, la pauta que hemos tenido en cuenta al calificar las incapacidades para donar en absolutas y relativas, ha sido la presencia ó la ausencia de la tutela. Es así que la locura, sordomudez ineducada, prodigalidad é interdicción, requieren el complemento jurídico de la guardaduría: incapacidades absolutas. Es así que la mujer casada, el concursado y el quebrado no requieren el aludido complemento para la prestación de la capacidad de derecho: incapacidades relativas.

Expone el Código en el tít. XVII del libro IV, destinado á desarrollar la doctrina de la concurrencia y prelación de créditos (artículo 1.914), que la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda. Sobre este texto se cimenta la incapacidad temporal y relativa del concursado. Parangonando el artículo transcrito con el 624, objeto de nuestro comentario, aclárase aún más el concepto Para donar requiere la ley en el sujeto posibilidad jurídica de estipulación. Mas temiendo el legislador que la idea no hubiera quedado suficientemente desenvuelta y perfeccionada, agregó á la facultad de contratar la de disponer, cual si en un riguroso tecnicismo la capacidad de libre disposición no arguyera fatalmente la libertad de estipular. La manifestación más simple y rudimentaria de la facultad de disponer es la de administrar; *ergo* si al concursado privale la ley (artículo 1.914) de la administración de sus bienes, lógico es deducir que carece de la capacidad necesaria para donar.

Nótese que el juicio universal de concurso, acaso por su índole privada, no da margen, por ministerio legal, á la retroacción de efectos que la quiebra origina. Sin embargo, si el concursado, procediendo con manifiesto dolo, hubiese transmitido mucha parte de sus bienes en fraude de acreedores, los síndicos, en la representación que les confiere el art. 1.218 de la ley de Enjuiciamiento civil, podrán solicitar la rescisión de los contratos cele-

brados con semejante tacha, con tanto más motivo cuanto que, á tenor del art. 1.297 del Código, se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes *á título gratuíto*, como asimismo las enajenaciones á título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiera pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes. Dedúcese de lo expuesto que si bien la acción genuína y privativa del derecho mercantil de la retroacción de los efectos de la quiebra no tiene equivalente con respecto al juicio universal de concurso, viene á ser suplida en parte por las acciones rescisorias en fraude de acreedores y por la presunción que reputa fraudulenta la transmisión gratuíta *inter-vivos* (donación) hecha por aquel que con conciencia del desnivel económico entre su activo y su pasivo vese en la precisión de sobreseer en el pago corriente de sus obligaciones.

Así como la donación es el instrumento de toda piedad, así también por ley del contraste es el instrumento más adecuado de toda fraudulencia. Es como á manera de airoso ventanal por donde unas veces se asoma la generosidad y otras la más repugnante codicia. Por esto la legislación mercantil, previendo los riesgos que sobrevendrían de conferir validez á las transmisiones gratuítas verificadas en las iniciaciones de la quiebra, aun cuando antes de la declaración judicial de ésta, ordena en el art. 880 que se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto á los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes á su quiebra, si pertenecen á alguna de las clases siguientes: 1.°, transmisiones de bienes inmuebles hechas á título gratuíto...; 5.°, las donaciones entre vivos que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias, otorgadas después del balance anterior á la quiebra, si de ésta resultare un pasivo superior al activo del quebrado.

Estas presunciones de fraudulencia fijadas en los números primero y quinto del art. 880, é inspiradas por el interés que á la ley merece la buena fe de los terceros que fiaron sus capitales en el crédito del quebrado, se contienen, como no podía ser menos, en los límites de una estricta prudencia; pero por encima de las presunciones legales hállase el interés privado, y cuando éste aguijonea, movido por el estímulo de una total reparación del

daño y perjuicio experimentado, la ley secunda la iniciativa particular tolerando las acciones oportunas. A este propósito obedece el art. 882, según el cual, podrá revocarse, á instancia de los acreedores, toda donación ó contrato celebrado en los dos años anteriores á la quiebra, si llegare á probarse cualquiera especie de suposición ó simulación hechas en fraude de aquéllos. Innecesario es decir que disposición tan expeditiva cual la del artículo 882 del Código de Comercio, témplase en su rigor por la que, con referencia á tercero que hubiese inscrito su derecho en el Registro, establece el art. 38 de la ley Hipotecaria. Tampoco debe olvidarse en el concepto de regla de apreciación de la fraudulencia, consignada, entre otras sentencias, en la de 27 de Mayo de 1885, la de que, tratándose de una donación anterior al interés del acreedor del donante, no puede alegar aquél que obrara el segundo, en perjuicio suyo ni de tercero.

c) *El quebrado no rehabilitado.*

Dos artículos del Código de Comercio encierran el principio y el fin de la incapacidad transitoria y relativa, de la interdicción puramente legal, por decirlo así, del declarado en quiebra. Son estos dos artículos el 878, según el cual, «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes», y el 322, á cuyo tenor, «Con la habilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra».

Mas la secuela civil más transcendental del juicio universal que nos ocupa, es la relativa á los efectos que la retroacción produce.

Ya el art. 878 en su segundo párrafo expresa que todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores á la época á que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos.

En consonancia con dicho precepto, el art. 879 ordena que las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos ó valores de crédito, en los quince días precedentes á la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuere posterior á ésta, se devolverán á la masa por quienes las percibieran.

En punto á la personalidad para solicitar la retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil, ó la nulidad de los fraudulentos, dispone el ar-

tículo 1.366 de la ley de Enjuiciamiento civil que residirá en los síndicos como representantes de las masas de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber.

Manifiesta es, y así se desprende de lo expuesto, la incapacidad de los quebrados para donar; pero esta incapacidad cesará:

1.° Cuando se revoque el auto de declaración de quiebra.

2.° Mediante la rehabilitación del quebrado.

d) *De otras incapacidades relativas.*

1.ª La contenida en el art. 1.334 del Código civil, según cuyo artículo, «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, salvo los regalos módicos que mutuamente se hagan aquéllos en las ocasiones de regocijo para la familia.»

2.ª La consignada en el art. 1.335, á cuyo tenor, «Será asimismo nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación.»

3.ª La incapacidad á que alude el art. 50 al consignar que si á pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido, pero ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni por testamento.

***

Bajo el dictado de incapacidades relativas mencionan algunos autores:

1.° *La restricción impuesta al padre ó madre con respecto á sus hijos legítimos;* en cuanto la donación *inter-vivos,* no deberá exceder del tercio libre y tercio de mejora, si bien en lo pertinente al tercio libre deberá imputarse á la legítima y en lo relativo al tercio de mejora no se estimará tal sino cuando el testador lo haya expresado así categóricamente, ó cuando no quepa dentro de la cuota de libre disposición. (Artículos 636, 808 y 828 del Código civil.)

2.° *La restricción impuesta al padre ó madre con respecto á sus hijos naturales reconocidos;* en cuanto la donación, no podrá exceder del tercio libre, y aun así se imputará á su legítima y se reducirá en la forma prevenida en el art. 817 y siguientes, si excediere de la cuota de libre disposición. (Artículos 686 y 847.)

3.° *La restricción impuesta al padre ó madre respecto de sus hijos ilegítimos, propiamente dichos;* en cuanto no podrán donarles por vía de alimentos mayor suma de la que éstos representen, habida consideración al penúltimo párrafo del art. 143 del Código.

La *ley 10 de Toro,* resolviendo sobre este extremo, ordenaba que en el caso que el padre ó la madre estuviere obligado á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de tal obligación, no le pudiese mandar más de la quinta parte de sus bienes, de lo que podía disponer por su ánima.

Fundados motivos hay para presumir que quedando al arbitrio de todo testador que tenga herederos forzosos disponer libremente del tercio de sus bienes en favor de quien le plazca, dicha facultad se extenderá de igual manera y por la misma cuota respecto de los actos *inter-vivos* constitutivos de la donación, sin que sea óbice para ello la ilegitimidad del hijo, siempre más digno de protección que el extraño.

Pero aun admitida la certidumbre de las antedichas restricciones, el hecho es que no pueden ser calificadas de incapacidades relativas, así porque no afectan á la substancia de la facultad de disponer, toda vez que el sujeto de dichas supuestas incapacidades no queda por ellas privado de contratar, como porque las limitaciones puramente cuantitativas afectan al tanto de las donaciones, pero en modo alguno á la capacidad jurídica del donante.

II. *Capacidad jurídica para recibir donaciones.*

El art. 625 del Código, procediendo por una como á manera de elipsis jurídica, prescinde de la capacidad para recibir donaciones, contrayendo el tema á la capacidad para aceptarlas. Así es que su redacción limítase á este último extremo, haciendo constar que podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados para ello.

La simple enunciación del artículo revela su carácter secundario, ó mejor dicho, derivado. Bajo la vestidura lógica del texto descúbrese otro problema primordial: ¿Quiénes pueden ser sujetos pasivos de la donación?

Pocas luces puede suministrar el artículo objeto del comentario; antes parece destinado á proyectar sombras, porque si bien

es cierto que con espíritu amplio y tolerante, á lo menos en la apariencia, faculta para aceptar donaciones á todos los que no estén especialmente incapacitados para ello, no lo es menos que deja sin despejar esta incógnita relativa á quiénes son los especialmente incapacitados.

Como todos los artículos que se resuelven por una referencia, hay que esclarecer esta última. Nada más hacedero que resolver las negativas por las afirmativas; nada más sencillo que decir: son capaces para recibir donaciones los que no son incapaces para ello; pero si un legislador cumple su cometido por tan sencillo modo, no le sucede así al comentarista. De aquí que el primer punto que debemos dilucidar es el concerniente á cuáles personas son incapaces por la ley para recibir donaciones.

El arquetipo de los modos gratuitos por los cuales se adquiere la propiedad es la donación; gratuíta es también la herencia, pero con el carácter y personalidad de heredero se transmiten las obligaciones del causante. La capacidad de los sujetos jurídicos hállase en razón inversa del mayor ó menor peligro que el acto envuelve, de suerte que á mayor peligro más graduada debe ser la capacidad. Así observamos que si bien la sucesión testada ó intestada constituye uno de los modos esencialmente gratuítos mediante los cuales se transmite el dominio de las cosas, como al propio tiempo su aceptación envuelve el temor de futuros compromisos, la ley requiere el concurso de una persona capaz, salvaguardando en otro caso la inexperiencia del incapaz con el llamado beneficio de inventario.

La donación pura y simple no transmite la personalidad, no es semillero de futuras obligaciones. Así es que el hecho de su aceptación no lleva aparejado el recelo de peligros para lo porvenir, de compromisos no previstos, de fraudes encubiertos con la máscara atractiva de la liberalidad. Si la capacidad para aceptár una herencia, lo mismo que para estipular, no obstante la naturaleza gratuíta del primer acto y la condición onerosa del segundo debe alcanzar el mayor grado de elevación jurídica, á la inversa, la capacidad para recibir donaciones puede graduarse sin inconveniente por las primeras líneas de la escala. Sin duda por esto, el legislador, inspirándose en los modelos que le ofrecía el criterio amplísimo mantenido por los artículos 902 y 1.477 de los Códigos francés y lusitano, respectivamente, optó por gene-

ralizar la capacidad, condensando la expresión de su pensamiento en el adverbio *todos* y condicionando esta generalidad léxica y jurídica por los casos de excepción previstos de un modo taxativo en la ley. He aquí, en nuestro sentir, el por qué del art. 625.

1.° *Incapacidades absolutas para recibir por donación inter-vivos.*

El proyecto de 1851, en su art. 944, disponía que todas las personas ó Corporaciones capaces de recibir por testamento, lo eran en iguales términos y con las mismas limitaciones para recibir por donación. Y el comentarista García Goyena daba como razón de dicho precepto la de que, siendo la donación un título gratuito como el testamento, debía gobernarse en esta parte por las mismas reglas.

La desviación conscientemente realizada por el Código, levanta en el ánimo ciertas sospechas que iremos reflejando á medida que el comentario se vaya desenvolviendo.

El principio asimilista iniciado por el proyecto de 1851 no debe relegarse al desprecio, á pesar de la aparente indiferencia con que el legislador de nuestro vigente Código le ha tratado. Y decimos esto, porque no sancionando dicho Cuerpo civil en términos categóricos ninguna incapacidad absoluta para recibir por donación *inter vivos*, no puede haber inconveniente en aceptar, por vía de identidad más que de analogía, el principio consignado en el art. 745 con relación á las sucesiones hereditarias.

Esto supuesto, reputamos incapaces para recibir por donación *inter-vivos:*

1.° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2.° Las asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

Ninguna duda puede ofrecer este segundo caso, porque las personas jurídicas, en tanto disfrutan de personalidad de derecho y son capaces de adquirir, poseer, estipular, obligarse y ejercitar acciones civiles y penales, en cuanto la ley las reconoce. Siendo su personalidad producto de una ficción legal, por lo mismo que carecen de realidad natural, en la ley estriba su subsistencia, como la de la persona humana descansa en la combinación y armonía de las leyes de la naturaleza.

Pero no sucede lo mismo con respecto al primer caso enunciado de incapacidad, ó sea el concerniente á las criaturas abortivas. Late aquí, más bien por las disparidades de la forma que

por la inarmonía de la substancia jurídica, una aparente antinomia entre el art. 745, aplicable por vía de asimilación, y el 627, privativo de la doctrina de las donaciones.

A simple vista, de la lectura de este último artículo parece derivarse que los concebidos y no nacidos son capaces para recibir donaciones, debiendo aceptarlas en su nombre las personas que los hubiesen representado legítimamente, de haberse ya verificado el nacimiento. A la inversa, del art. 745 se deduce que para ser capaz de suceder por testamento ó *ab-intestato*, requiérese haber nacido, tener figura humana y haber vivido veinticuatro horas enteramente desprendido del útero materno.

Mas esta diferencia tan perceptible, ¿reconoce por causa algún motivo jurídico digno de estimación? ¿Es que si el sujeto pasivo de la donación, concebido pero no nacido, nace muerto ó sin condiciones de viabilidad para los efectos civiles, la donación tiene algún valor? No pretendemos anticipar ideas propias del comentario del art. 627, pero la mera enunciación de las anteriores interrogaciones, despierta, más por intuición que por reflexión, el sentido de la realidad legal. No; el art. 627 no es cometa vagabundo, sino asteroide sumiso á las leyes del sistema planetario civil, á las fuerzas atractivas de los artículos 29 y 30 del Código. ¿Se explicaría, si así no fuese, que una regla tan absoluta cual la contenida en el art. 29 pudiera ser destruída por el art. 627, y todo ello para sentar el absurdo de que la concepción determina la personalidad y no el nacimiento? Porque de la personalidad jurídica brota la capacidad para recibir donaciones.

La complacencia que el Código muestra en otorgar al concebido los mismos beneficios que al nacido, queda, al tenor del artículo 29, subordinada á una condición, la de que aquél nazca con figura humana y viva separado del claustro materno veinticuatro horas. Y para persuadirse de ello basta traer á colación el artículo mencionado. Dice así: «El nacimiento *determina* la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, *siempre que* (fórmula esencialmente condicional) nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.»

Retrayéndonos ya á los límites del artículo objeto de nuestro estudio, deduzcamos las consecuencias. Si la donación hecha á concebido puede ser objeto de una aceptación, es porque se con-

sidera desde luego que recae en su beneficio, pero para el perfeccionamiento jurídico de la donación, ó á lo menos así lo entendemos nosotros, requiérese que exista sujeto pasivo de aquélla, y el sujeto no puede existir si su personalidad no se determina por el nacimiento y la viabilidad.

No media contradicción entre los artículos 29 y 627, antes al contrario, perfecta concordia, y para corroborarlo aténganse nuestros lectores al siguiente raciocinio. Toda donación implica un sujeto activo que dona por sentimientos de mera liberalidad, y un sujeto pasivo en cuyo provecho recaen las expansiones generosas del donador. La existencia legal del sujeto pasivo, ó lo que es lo mismo, su personalidad de derecho, se determina por el nacimiento, porque el sujeto concebido no pasa de ser una expectativa personal, por decirlo así. Si uno de los elementos intrínsecos de la donación se elimina, ésta se destruye.

Ahora bien: si el sujeto concebido no nace viable, si no logra determinar su personalidad civil, falta el sujeto pasivo, y en su consecuencia, eliminado uno de los elementos substanciales, la donación se disuelve. ¿Qué se desprende de lo expuesto? Que los concebidos no pueden ser sujetos pasivos de la donación, á menos que por un convencionalismo jurídico se les repute nacidos, aun cuando siempre subordinados á la condición de su nacimiento.

Pero esto también ocurre en la sucesión hereditaria; luego si las criaturas abortivas son incapaces de suceder, es indiscutible que asimismo lo son para recibir donaciones.

Examinemos ahora las incapacidades relativas.

2.° *Incapacidades relativas para recibir por donación inter-vivos.*

a) Los que hubieren contraído matrimonio sin obtener la licencia y consejo prevenidos en los artículos 45 y 47 del Código.

Expresa el art. 50 que si á pesar de la prohibición del art. 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido, pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal, quedarán sometidos á las siguientes reglas... 2.ª Ninguno de los cónyuges *podrá recibir del otro cosa alguna por donación* ni testamento.

Trátase de una incapacidad relativa, por cuanto se ciñe á los cónyuges entre sí, por virtud de esa especie de mutualidad penal generada por la desobediencia ó desprecio de la autoridad pater-

na. Tanto la mujer como el marido serán capaces para recibir donaciones provenientes de cualquiera otra persona que no sea su propio cónyuge. Y es que las restricciones impuestas á la capacidad para recibir donaciones, por efecto de su odiosidad, se limitan y reducen á aquellos casos necesarios en que las imponen, de un modo fatal, bien la inexistencia personal, bien una sanción punitiva, bien el temor del fraude.

b) El tutor ó sus descendientes que contraigan matrimonio con la pupila, antes de fenecida la tutela y de rendidas y aprobadas las cuentas de ésta.

Carácter punitivo reviste la restricción enunciada, y aun diríamos mejor que carácter mixto, ya que la mira del legislador ha sido poner frenos al fraude mediante el temor de la pena. Por esto el art. 45 dice categóricamente: «Está prohibido el matrimonio: 3.° Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga ó haya tenido en su guarda, hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo; salvo el caso de que el padre de la persona sujeta á tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento ó escritura pública.»

Si, contraviniendo á esta prohibición, el matrimonio se celebrare, surgirá la misma incapacidad mutua para recibir donaciones un cónyuge del otro á que nos hemos referido en el caso anterior.

c) Los cónyuges durante el matrimonio.

Así lo dispone el art. 1.334 al declarar nula toda donación entre los cónyuges, durante el matrimonio, aunque sin incluir en estas reglas los regalos módicos que los esposos se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.

d) Los hijastros respecto de la donación que durante el matrimonio tratare de hacerles su padrastro ó madrastra.

e) Las personas de quienes uno de los cónyuges sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Ambos casos hállanse previstos por el art. 1.335, al preceptuar que será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación.

***

Hasta aquí, las incapacidades para recibir por donación, previstas de un modo taxativo por la ley. Con lo expuesto deberíamos dar por concluído nuestro trabajo y pasar á otros puntos, si en vez de la labor expositiva no nos hubiéramos propuesto la más penosa del comentario. Así es que, asaltándonos algunas desconfianzas respecto de otras incapacidades relativas, no delineadas con tanta pureza por el Código, aunque sí lo suficientemente presentadas para que la crítica las recoja, nos proponemos estudiarlas y exponer nuestra modesta opinión.

Ante todo, bueno es hacer notar que, influído el legislador patrio por un espíritu progresivo, ha borrado ciertas incapacidades de nuestras antiguas leyes, no muy conformes con las tendencias de la época actual.

El distinguido civilista Sánchez Román, en sus *Estudios de Derecho civil*, menciona, entre los incapacitados por el antiguo Derecho para ser sujetos pasivos de la donación, á los hijos de clérigos, los cuales no podrán recibir cosa alguna de los bienes de su padre ni de otros parientes de parte del padre, y á las comunidades religiosas, privadas de capacidad civil para adquirir, retener, enajenar y gravar bienes muebles é inmuebles y ejercer en ellos los actos de propiedad y administración.

El texto de la *ley 4.ª, tít. XX, libro X de la Novísima Recopilación*, preceptivo de que los hijos de clérigos *ni hayan, ni puedan gozar de cualquier manda ó donacion ó vendida que les sea hecha por los susodichos* (padres y parientes de los padres), ha desaparecido en la común ruina decretada por el art. 1.976, y en la actualidad, con sujeción al Derecho nuevo, estos llamados hijos de clérigo, comprendidos dentro de la denominación genérica adoptada por el Código, de *demás hijos ilegítimos*, podrán recibir por donación *inter-vivos* lo que por alimentos se les deba, lo que á cualquier pariente del padre pluguiese donarles y aun, sin aventurarse en conjeturas forzadas, cabría sostener que asimismo gozarán de capacidad para recibir por título de donación, todo lo que cupiere dentro de la parte de libre disponibilidad.

Para opinar de esta suerte nos apoyamos, así en el hecho de no existir precepto expreso prohibitivo, cual el de la ley de Don Juan I, transcrita en la Novísima Recopilación, como en que, si bien el art. 845 del Código reduce los derechos de los hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales á los alimentos,

no hay que olvidar que este derecho reviste un carácter necesario y forzoso; es algo así como las cuotas legítimas de los hijos ilegítimos, pero sin que implique la exclusión por ilegal de toda cuota voluntaria, como, v. gr., un legado, una donación, siempre que quepan dentro de la parte libre.

En lo concerniente al derecho de las comunidades religiosas para recibir donaciones, el cambio ha sido más ostensible, y por lo mismo, menos propenso á incertidumbres. El tema de la capacidad de los religiosos profesos para adquirir, tan dudoso, después de la diversidad legislativa originada por la ley de 29 de Julio de 1837, extinguiendo en la Península, islas adyacentes y posesiones de África todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos; por el Real decreto de 25 de Julio de 1868; por el decreto de 28 de Octubre de igual año, elevado á ley en 20 de Junio de 1869; por el propio Concordato en su art. 43, etc., vino en cierto modo á despejarse por la primera edición del Código civil vigente, en cuyo art. 745 se declaró la incapacidad para suceder de los religiosos profesos de las órdenes reconocidas por las leyes del reino. Pero la movilidad legislativa es por lo visto patrimonio de nuestro país, porque aún no habían transcurrido tres meses, cuando ya en la edición reformada del Código se eliminaba la incapacidad de los religiosos, reputándolos capaces, no tan sólo por el hecho significativo de la eliminación, sino por declaración expresa de la Comisión de Códigos en el preámbulo razonado de la reforma.

He aquí sus palabras: «Pero han cambiado en provecho de todos las relaciones entre el Estado y la Iglesia; las órdenes monásticas han sido permitidas ó toleradas, y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución venía más conforme con el derecho canónico. Pero obispos respetables, que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecientes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que, restituída la facultad de adquirir y poseer á las comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida en-

tre todos los ciudadanos *sin distinción* de profesión y estado, *de eclesiásticos y seglares*. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos prelados de la Iglesia, después de reconocer á los monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder las de los religiosos ligados con votos solemnes.»

Con tan terminantes declaraciones se han disipado las brumas que envolvían el problema; porque aun dando de bueno que las comunidades, como entidad colectiva, pudieran estipular y suceder, todavía seguía siendo tema de disputa el de si el religioso, considerado en su individualidad, ó lo que es lo mismo, disgregado *in mente* de la orden monástica á que perteneciese, podría suceder por testamento ó *ab-intestato*.

Ahora bien: si el religioso profeso tiene capacidad para adquirir por herencia, es, en nuestro sentir, indiscutible que asimismo se halla implícitamente facultado para recibir donaciones. Por esto hemos sostenido que ya no subsisten en el derecho patrio así la incapacidad de los llamados hijos de clérigo, como la de los religiosos profesos.

Resolvamos ahora los casos dudosos.

¿Será válida la donación hecha por el pupilo á favor de su tutor antes de haberse aprobado definitivamente la cuenta de éste?

Reconozcamos ante todo que la dificultad no ha sido prevista por el Código, y que al resolverla nosotros hemos de proceder ateniéndonos á las leyes interpretativas de la analogía.

Dispone el art. 753 del Código que no surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación. Y añade el susodicho artículo en su segundo párrafo:

«Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.»

A pesar de la defectuosa redacción del artículo, compréndese n esfuerzo que alude principalmente al caso en que, habiendo necido la tutela, el pupilo llegado á la mayor edad dispone or testamento en favor de su tutor antes que éste rinda y le sean robadas definitivamente sus cuentas. También puede referirse

al supuesto de que un tutor sea reemplazado por otro, ya que la capacidad de testar comienza á los catorce años.

¿Cuáles son los motivos inspiradores de dicho artículo 753? El deseo de evitar que el tutor pueda ejercer presión sobre el pupilo, arrancándole una disposición testamentaria en su favor; el medio precautorio de que el legislador se vale para que la voluntad del pupilo resplandezca íntegra y se determine libremente; la presunción, muchas veces contra la realidad de los hechos, de que toda disposición testamentaria realizada en las condiciones que el artículo prevé y en favor de un tutor, no ligado con el pupilo por vínculos de parentesco, hállese viciada por la fuerza ó el miedo en el consentimiento.

Mas téngase en cuenta que si tales peligros corre el pupilo con respecto á las disposiciones testamentarias que otorgue en favor de un tutor aún no relevado de compromisos pecuniarios por la aprobación de las cuentas, mayores son los riesgos por lo que atañe á la donación que un pupilo llegado á la mayor edad pueda efectuar en beneficio de su tutor si aún no le han sido aprobadas las cuentas definitivas de la tutela: porque al cabo la efectividad del testamento y de la transmisión de bienes anexa, depende de una condición, de un hecho futuro é incierto, del hecho de la muerte del pupilo testador, pero en la donación *inter vivos* pura y simple, la transmisión de bienes es inmediata, sobre todo si la donacion es verbal y de cosa mueble. Compréndese á primera impresión que el halago es más atractivo, por lo mismo que la utilidad es más próxima y más tangible, hasta el extremo de que un tutor [en descubierto económico podría convertir la donación, en la hipótesis de que fuese lícita y legal, en instrumento de solvencia. Si la presunción del miedo ó de la fuerza ha ejercido en el ánimo de los legisladores presión bastante para generar el art. 753, ¿se explicaría que esos mismos legisladores concedieran el *exequátur* á las donaciones efectuadas por el pupilo en obsequio de su tutor? No ciertamente, á menos que se trocasen las tornas y se convirtiese en lógica y jurídica la más irritante desigualdad.

Por esto creemos que si en las contingencias que la práctica del derecho ofrece se presentare el caso de una donación otorgada en las circunstancias á que se contrae el ejemplo desenvuelto, los Tribunales de Justicia, no obstante la vacuidad de la

ley, se abstendrían de interpretar este silencio como permisión, y declararían sin ningún valor y efecto la donación, no tan sólo por el principio de la analogía, fundamental en la augusta ciencia de juzgar, sino también porque así lo impondría una sana lógica jurídica inspiradora de esê conjunto ilegislado, comprendido por el art. 6.° del Código bajo la denominación de «Principios generales del derecho».

***

En estas escarpaduras fatigosas que la desigualdad de las leyes obliga á recorrer al comentarista, no bien se salva una sinuosidad, cuando ya se presenta otra. Resuelto queda, según nuestro humildísimo parecer, el tema concerniente á la invalidez de una donación *inter-vivos* otorgada por un pupilo en favor de su tutor, mas asáltanos una nueva duda, sugerida, de un lado, por el estudio comparativo de las legislaciones extranjeras; de otro, por la generalidad confusa del art. 625, y finalmente, por el nexo estrecho y solidaridad que media entre la materia jurídica de las donaciones y la de la sucesión hereditaria.

Expresa el art. 1.052 del Código italiano, desenvolviendo el tema de la capacidad para recibir donaciones, que no podrán adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, *los incapaces de recibir por testamento* en los casos y formas establecidos en el capítulo de las sucesiones testamentarias.

Entre estos casos y formas figuran las incapacidades para suceder por causa de indignidad comprendidas en el art. 725, alguna de las cuales no engrana por su naturaleza peculiar con la índole de las donaciones *inter-vivos*. Pero el hecho es que, sean ó no aplicables todas las causas de indignidad mencionadas por el Código de Italia, la teoría queda planteada y propicia la ocasión de preguntar: Aun dado el silencio del Código patrio, ¿serán incapaces para recibir donaciones *inter-vivos* los que lo sean para suceder por causa de indignidad?

Según nuestro parecer, el verdadero problema jurídico que en su caso podría presentarse, no es el referente á la mayor ó menor legalidad de la aplicación á la doctrina de las donaciones, de unas causas dictadas para que rijan con respecto á la herencia, sin que por lo menos exista un precepto que así lo determine. No,

La cuestión se encamina por rumbos diferentes, y en rigor se ciñe y condensa en el siguiente tema:

Dado que la revocabilidad de las donaciones por causa de ingratitud arguye una causa taxativa acaecida con posterioridad á la donación, ¿podrá reputarse causa de revocación el hecho punible ocurrido con anterioridad, si al tiempo de donar no tenía conocimiento de él el donador? Y nos aferramos más á que toda la cuestión se encierra en el precedente enunciado interrogativo, porque comparando las causas de revocación por ingratitud, y las de incapacidad para suceder por causas de indignidad, descúbrese entre ellas parentesto tan íntimo que bien puede asegurarse que proceden de un mismo tronco.

Encarrilada la discusión, conducida á su verdadero terreno, échase de ver que no se relaciona con la doctrina de la capacidad para recibir por donación, sino con la materia de la revocabilidad de estas mismas. Así es que sin incidir en anticipaciones de ideas que á nada conducen sino á obscurecer y confundir con las nieblas de lo prematuro, quede esbozado el problema y determinados sus límites para su oportuno lugar.

***

Agotada, en cuanto lo consiente la naturaleza de estos comentarios, la extensísima materia de la capacidad para donar, réstanos examinar los artículos 626 y 627, verdaderos corolarios ó derivaciones del art. 625.

Expone el art. 626 que las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Para hacerse cargo de la lógica del precepto basta recordar el artículo 621, en el cual se dispone que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado por el título de las donaciones. Y aun con más estricta aplicación, el art. 622, á cuyo tenor, las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos.

Si, pues, la existencia de la causa onerosa arguye en el donatario la facultad de consentir, por lo mismo que de ella deriva

una mutualidad de prestaciones, es inconcuso que aquellos que carecen de la facultad de estipular por su inhabilidad para prestar el consentimiento, necesitan suplir este defecto civil mediante la asistencia de sus legítimos representantes. Todo ello deriva de que el legislador reputa las donaciones con causa onerosa como lo que jurídicamnte son, es á saber, como verdaderos contratos.

En consecuencia de lo expuesto, podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas:

a) Por sus hijos menores de edad, el padre ó madre que ejerza la patria potestad.

b) Por los huérfanos menores de edad, sus tutores.

c) Por los locos ó dementes; sordo-mudos que no sepan escribir; pródigos, si la sentencia declarativa de la prodigalidad les restringiese en absoluto la facultad de contratar, y penados con la interdicción civil, las personas que los representen legítimamente en el concepto de tutores.

d) Por los declarados judicialmente ausentes, los que ejerzan con derecho, la administración de los bienes.

e) Por la mujer casada, su marido, si no estuviese separado por sentencia firme de divorcio.

Observación. Si por versar la donación condicional ó con causa onerosa sobre bienes raíces, quedara el contrato sujeto á inscripción en el Registro público de la propiedad y se tratase del caso de menores huérfanos sometidos á tutela, se tendrá presente para la aceptación lo preceptuado en el caso 5.° del artículo 269, es á saber, el tutor procederá con la autorización del consejo de familia.

Tan natural y sencillo es el precepto del art. 626 y tanta su generalidad, por lo mismo que entra en la categoría de tópico jurídico, indiscutido é indiscutible, que la mayor parte de las legislaciones extranjeras prescinden de presentar en sus Cuerpos civiles un texto que, después de todo, hallan sancionado por el sentir universal. Hay Códigos, no obstante, que le incluyen.

Así, v. gr., obsérvase en el Código portugués el art. 1.478, según cuyo literal contexto, las personas que no pueden contratar no pueden aceptar, sin autorización de las personas á quien incumbe concederla, donaciones condicionales ú onerosas. Es de notar que el aludido Código añade: «Sin embargo, las donacio-

nes puras y simples hechas á esta clase de personas producen efecto, independientemente de la aceptación, en todo lo que fuere provecho para los donatarios.»

***

Fijémonos ahora, para terminar, breves momentos en el artículo 627.

Dice éste que las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiere verificado ya su nacimiento.

El texto transcrito no es, si atentamente se considera, otra cosa que una aplicación de aquel antiguo principio encarnado en el art. 29 del Código nacional: *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur.*

Precedente concreto no existe en el Derecho antiguo patrio, y es menester avanzar hasta el movimiento codificador iniciado por el Código napoleónico, para encontrar cristalizaciones del enunciado principio en la forma jurídica regular de las donaciones.

Jaubert, en la exposición hecha al Tribunado sobre el proyecto de Código, ya manifestó que bastaba que el sér hubiese sido concebido para que cesara la incapacidad absoluta del no nacido, porque aquel que se halla en el seno de su madre—decía Jaubert—se reputa nacido para todo aquello que pueda recaer en su provecho, aun cuando dependiendo la efectividad del beneficio de que nazca viable; de otra suerte, se estima que jamás ha existido.

Y como emanación y consecuencia de los trabajos codificativos, el art. 906 del Código francés hubo de sancionar que para ser capaz de adquirir entre vivos, basta estar ya concebido en el momento de la donación; aclarando el concepto con el aditamento perfectamente lógico y comprensible de que la donación no surtirá efecto alguno si el concebido no nace viable.

No hay para qué expresar que, una vez dada la pauta, los Códigos que subsiguieron al de Napoleón sancionaron idéntica doctrina. Y así vemos que el Código de Portugal, art. 1.475, dispone que los póstumos pueden adquirir por donación siempre que estén concebidos al tiempo de ella y nazcan con vida.

El Código italiano, art. 1.059, ordena que las donaciones en favor de los no nacidos pueden aceptarse por el padre, la madre, abuelo ó por cualquier otro descendiente. Entre los Códigos americanos, el de Guatemala, art. 722, reproduce con pequeñas variantes el texto del Código francés, y lo propio sucede con el Código de la República de Méjico, art. 2.749.

Al tratar en este mismo comentario de las incapacidades absolutas para recibir por donación, hubimos de asimilar, por efecto de su comunidad de naturaleza, esencialmente gratuíta, las disposiciones de última voluntad (testamentos) con las *inter-vivos* (donaciones), y así como con respecto á aquéllas la incapacidad solamente alcanza á las criaturas abortivas que no nazcan en condiciones de viabilidad, así la incapacidad para recibir donaciones sólo comprende á los no viables, porque si bien la ley se refiere concretamente á los concebidos y no nacidos, es llano que la aceptación provisoria necesita para convertirse en definitiva que el nacimiento se realice y que el sér que nazca sea viable. La perfectibilidad de la donación queda como en suspenso, sujeta á las influencias jurídicas de una condición resolutoria, en el sentido de que ocurrido el hecho del alumbramiento de un sér no viable, la donación se resuelve, y aun diríamos mejor, desaparece, sumida por la imposibilidad de su existencia legal, desde el momento en que falta el sujeto capaz de donación.

En el rigor científico de una nomenclatura ajustada al más puro derecho, no cabe sostener que el sér concebido es sujeto hábil de recibir donaciones, puesto que en todo caso la capacidad anexa á la personalidad se determina por el nacimiento.

Se procede por ficción, se presume el hecho favorable por una especie, no de retroacción, sino de anteactividad, permítase el vocablo, basada en las enseñanzas naturales que revelan en el concebido al sér ya vivo, aunque con vida intrauterina. Mas aun cuando esta ficción la ampara el prurito plausible de favorecer al concebido, tolerando que el ingreso en la vida del nuevo sér vaya rodeado de todas las relativas garantías que el bienestar económico proporcione, no por esto el legislador puede desentenderse de la realidad natural.

Si el concebido palpita ya en las entrañas de la madre, habrá de llegar un período en el cual, terminada la evolución generativa, perfecto el sér, apto para recibir las influencias del medio

exterior, se desprenderá del seno materno en el acto del nacimiento, constituyendo un nuevo individuo, independiente y con vida propia.

Este es el momento que la ley recoge; de esta independencia natural del sér deriva el reconocimiento de la personalidad; entonces cesan las ficciones para ser substituidas, no por la anticipación del hecho, sino por el hecho consumado. En la relación jurídica considerada en abstracto, el concebido es, digámoslo así, la ficción del sujeto; el sér nacido y viable, es el sujeto verdadero.

Desprendamos la consecuencia. Si la ficción no se convierte en realidad; si, por el contrario, la presunción, lejos de ser corroborada por la manifestación vital del nacimiento, se nos presenta contradicha por el hecho de la muerte intrauterina ó en el acto del parto ó por la expulsión de un sér no viable, ¿cómo no se ha de rendir el legislador ante la evidencia? ¿Cómo levantar sobre el pavés la ficción, si surge enfrente su mayor enemigo, el hecho? Porque si lo convencional es como á modo de tóxico, el hecho es como á manera de triaca.

No determinándose la personalidad del concebido por el nacimiento en las condiciones de viabilidad previstas por el art. 29 del Código patrio, la donación se resolverá, se destruirá por la descomposición de sus tejidos.

Y no importa que el legislador español haya prescindido de acotar este corolario, separándose, en punto á la contextura del artículo, de los Códigos de Francia, Portugal, Guatemala y Méjico; la omisión de dicho corolario nada implica enfrente de la declaración categórica del art. 30; mucho menos cabe reputarla como caso de excepción de precepto tan absoluto, y si algo puede significar en buena hermenéutica, es sencillamente que la Comisión de Códigos consideró una redundancia volver á consignar lo que ya en otra parte quedaba sancionado, y optó con buen sentido por la supresión. Otra razón existe también para justificar el silencio, y es que el art. 627 que comentamos no desenvuelve el tema relativo á la capacidad para adquirir por donación, el cual queda como abocetado en las francas generalidades del art. 624, sino que constriñe su contenido á la expresión de las personas que pueden *aceptar* las donaciones por los concebidos y no nacidos.

Recorrido el artículo por toda la extensión de su contorno, estudiemos algunos particulares muy dignos de ser tenidos en cuenta.

***

El futuro sujeto de la donación, ó en otros términos, el sujeto presunto, en el caso del art. 627, es el concebido y no nacido, según dice con verdadera duplicación el Código. Requiérese, por tanto, para que la donación pueda verificarse—independientemente de su perfectibilidad, que al nacimiento incumbe generarla—un hecho; es á saber: el de que la concepción se haya realizado, el de que exista sujeto concebido.

Mas ahora bien: ¿Cómo se determina la concepción? Porque inmediatamente surgen las incertidumbres que se tornan en verdaderos problemas de derecho. Para otorgar una donación en favor de un ser concebido, ¿será necesario partir de la demostración del hecho de la concepción ó de la simple apreciación individual? Si por alguna persona interesada en resolver y destruir dicha donación se negare el hecho de la concepción, promoviéndose contienda, ¿cabrá recurrir á la prueba de la *indagatio corporis*, es decir, del reconocimiento facultativo para acreditar el estado de preñez? Por analogía ¿será lícita la aplicación de las medidas preventivas á que se contraen los artículos 959 al 967, ambos inclusive, para impedir la simulación de parto ó la sustitución del nacido? Si la *indagatio corporis* fuera rechazada por lo que tiene de denigrante y atentatoria al pudor de una mujer, ¿á qué otro medio supletorio recurrir? Demostrada la inexistencia de la concepción ó el nacimiento de un ser no viable, ¿qué acciones son las pertinentes para lograr la invalidez de la donación y que los bienes constitutivos de esta última se encaucen convenientemente hacia los que deban ser sus legítimos poseedores?

Por aquello de que los temas prácticos, *los casos*, se asimilan mejor y dejan más honda huella y más duradera impresión que las idealidades puramente abstractas, presentaremos, siguiendo añeja costumbre, un *caso*, si imaginado, no menos realizable, y al compás de su desenvolvimiento iremos mostrando nuestro criterio respecto de los diversos problemas apuntados.

Imaginemos que *A*, poseedor de cuantiosos bienes de fortuna,

dispone de la presunta cuota de libre disposición, por título de donación *inter-vivos* en favor de un sér que supone concebido, y á quien llamaremos *B* para diferenciarlo de alguna manera. Demos por cierto que el padre del supuesto concebido, *C*, acepta la donación. A muy poco de otorgarla fallece el donador, *A*, dejando por herederos á sus hijos *D* y *E*. Ya tenemos los elementos: combinémoslos; pero antes valga una observación general. He aquí un *caso* que cae plenamente dentro del *jus jubendum*, de ese derecho esencial, como dice Costa, cuyo entronque con el *jus possum* es tan directo; *caso* que debemos resolver, si no *secundum legem*, porque no hay texto esplícito que lo despeje, ni tampoco *contra legem*, porque el art. 5.º del Código patrio, con desconocimiento de la realidad, cierra hasta el más mísero portillo al elemento consuetudinario, sí por lo menos *praeter legem*, fuera de la ley, aunque condicionando los fallos por lo substancial de los principios y por las analogías reveladas, así por el espíritu que vivifica el cuerpo máximo de nuestras leyes civiles, como por otros hechos de manifiesta semejanza.

Toda donación requiere fatalmente un sujeto, bien su personalidad civil la acusen vagamente los esbozos de la presunción, bien con toda firmeza los tonos salientes de la realidad. Si, pues, esto es inconcuso, derívase que no es legal, y por lo tanto, posible, jurídicamente hablando, una donación en favor de un sér inexistente, pero que tal vez pueda existir. Como dice Marcadé, *le neant ne peut avoir aucune sorte de capacite.*

La posibilidad de una relación de derecho como la que supone la donación *inter-vivos* se inicia en este caso que analizamos con la concepción del sér; la perfectibilidad se determina con el nacimiento de un sér viable. Para que la donación pueda, pues, estimarse legalmente como tal, es imprescindible que el sér sobre el cual aquélla recaiga haya sido concebido. Pero si el hecho de la concepción debe necesariamente haberse producido, si la conjetura debe trocarse en certeza, ¿cómo acreditar ésta? ¿Basta la apreciación individual del donante, su proposición afirmativa, su aserto, en una palabra, ó deberá acreditarse el hecho por algún otro género de prueba relacionándola en la escritura de donación? Opinamos que el aserto del donante, el acto de donar en obsequio de un sér cuya concepción afirma y mantiene, en el mero hecho de instituirle donatario, es suficiente para los efectos del

artículo 627. Podrá argüirse que esta elasticidad interpretativa, esta laxitud en el concepto pugna abiertamente con la tendencia del Código, y puede originar casos de donaciones basados, no sobre el hecho cierto de una concepción comprobada, sino sobre la mera conjetura de la concepción. Podrá también oponerse que así como con respecto al objeto la ley rechaza las espectativas de lo porvenir, acaso por el horror al vacío, y por esto condena á la esterilidad legal á las donaciones de bienes futuros, así, de igual manera, y por lo que atañe al sujeto, proscribe las donaciones cuando el donatario aún no ha sido concebido, deduciéndose de aquí la necesidad de proceder en contemplación á una realidad y no en méritos á un supuesto incierto. En verdad que las objeciones que en tal sentido se formulasen no podrían tacharse de aparatosas, sino que habría que reconocer su exactitud y su fuerza; mas ¿dónde dice el art. 627 que el hecho de la concepción se ha de acreditar mediante prueba plena, que en el caso de que se trata no podría ser otra sino el reconocimiento facultativo de la mujer á quien se imputase la preñez?

La ley modela el hecho fundamental, el supuesto factible, el que ha de servir de tipo comparativo para con todos los demás que en la sucesión del tiempo y en el desenvolvimiento de la vida jurídica se vayan presentando, y al modelarlo, el legislador procura ofrecerlo tal como su pensamiento lo concibió, tomando los elementos componentes de ese tesoro inagotable que el derecho esencial ó racional brinda cuando se pretende regular los hechos del hombre. Por virtud de ese pulimento y perfección tan comprensibles y adecuados á las creaciones del pensamiento, se explica el texto de ley, correctamente científico, derivando la posibilidad de ser sujeto pasivo en toda transmisión gratuíta *inter-vivos* del hecho de la concepción del sér. Por eso también, cuando sólo se analiza el derecho en las puras regiones de la teoría, se vislumbran quimeras temerosas y objeciones sin réplica que, examinadas luego bajo las proyecciones de la realidad, se desvanecen como por ensalmo. Algo de esto ocurre con las objeciones antes apuntadas. Mucha verdad es que solamente el ser concebido es hábil para recibir donaciones; pero, ¿acaso la enunciación legal de este principio tan rudimentario, tan llano y tan lógico, arguye la práctica necesaria de una prueba para que sobre tan sólido cimiento repose la legalidad de

la donación? No, ciertamente. La respuesta afirmativa lleva aparejada el olvido de que en los dominios del derecho privado, en el campo donde su actividad se manifiesta, la prueba, cuando medie afirmación solemne de un hecho, es signo indefectible de disconformidad, de disensión, de lucha entre partes. En la lucha se desenvuelve el derecho militante, y por la lucha, y para que cese, pronuncian sus sentencias los pretores de hogaño.

Se reputa verdad el hecho solemnemente consignado si los intereses contrapuestos no mueven á otro sujeto á impugnar su veracidad. Entonces es cuando con el litigio surge la necesidad de la prueba. Por esto la prueba es reveladora de contienda; allí es donde se depura el hecho, si depuración cabe estando los alambiques y retortas tan llenos de convencionalismos.

La prueba será, pues, necesaria si hay quien en el palenque judicial y con las armas de litigar mantiene la inexistencia de la concepción del supuesto donatario. Antes no, ni lo exige ningún texto legal, ni el interés privado, que harto protestará si la donación recae en su daño, lesionándole, ni tampoco procede invocar el interés público, indiferente á estos pugilatos meramente privados de lo tuyo y de lo mío.

He aquí una prueba más de que los rigores científicos se templan puestos en contacto con eso que ha dado en llamarse exigencias de la realidad.

Despejada la primera incógnita, prosigamos el desarrollo del *caso*. Planteemos la lucha: después de todo, nada más fácil que imaginar un litigio. Aceptemos en el ejemplo antes expuesto que *D* y *E*, hijos y herederos del donador *A*, adquieren la certeza de que la donación otorgada por este último carece de sujeto pasivo, por no ser verdadero el hecho de la concepción. Bajo esta inteligencia y en el concepto de continuadores de la personalidad del donador, como hijos y herederos suyos, demandan los bienes donados. Se inicia la segunda dificultad. ¿Procederá la *indagatio corporis?* Recuérdese que los romanos rechazaron semejante medio investigador con respecto á la probanza de la pubertad, siendo este tema uno de los disputados por los discípulos de Sabino y Próculo. Pero el antecedente romano no puede tenerse en cuenta, porque estimado su carácter de generalidad en correlación con el hecho natural á que se refería, pudo ser suplido, como con efecto lo fué, por una presunción. El hecho local, con-

creto, requerido de prueba en una contienda judicial es antagónico de toda presunción; así es que las razones en que únicamente procede apoyar la proscripción de la *indagatio corporis* tienen que ser, de un lado, consideraciones de orden moral; de otro, la relatividad de la prueba que en tal sentido se practique. Reflexiones morales, atenuaciones de la crudeza de un medio probatorio que comienza por ofender la castidad y el recato pudoroso de la mujer bien nacida y concluye, á no ser en casos extremadamente fáciles, perceptibles á simple vista y apreciables por los más profanos á virtud de determinados síntomas, por dejar siempre cierta huella de desconfianza, muy distante de la plenitud de la prueba, de tan imprescindible necesidad en temas litigiosos y en apreciación de hechos tan escabrosos y delicados como el de que nos ocupamos.

Y sin embargo, si por evento el supuesto que hemos forjado encarnase en los folios de un litigio, abrigamos la certidumbre de que el Juzgado aceptaría la prueba de la indagación corporal, y sobre su resultado haría descansar el fallo. Porque por mucho que sea el influjo de las reflexiones morales, en orden á la demostración de los hechos alegados en un litigio, el Juez ha de ceñirse á las reglas del derecho procesal, sin inmiscuirse en contradecir novedades constituyentes sin otra base que la que, dado el mutismo de la ley, le prestara el carmín de un pudor acaso mojigato, acaso hondamente sentido.

La estimación de estas filosofías queda al legislador cuando elabora la ley, cuando en los dominios constituyentes, una vez forjado el hecho cardinal, constituído el núcleo que ha de servir de tipo á cristalizaciones sucesivas, comienza á descubrir las relaciones del nuevo texto, su futuro desenvolvimiento, sus positivaciones en la vida del derecho. Pero si el legislador, por sobra de descuido, por prurito asimilista, por fragilidades intelectuales incapaces de resistir las presiones de todo lo que ahonda y profundiza, deja lugares ensombrecidos en lugar de fulguraciones luminosas, ¿qué extraño será que se considere mojigato ante las asperezas del *summum jus* y sus rigideces hieráticas, lo que en el orden constituyente, de haber sido previsto, hubiera trascendido digno de respeto y de alabanza al orden constituído? Por esto la *indagatio corporis*, aun con todos sus tintes y asomos naturalistas, se practicará si el hecho de la concepción se negare por quien,

tomando causa de la invalidez de la donación, alegase y justificase derecho á los bienes constitutivos de aquélla.

La prueba de la *indagatio corporis* no sería, después de todo, admitida la posibilidad de una demanda en el expresado sentido, sino efecto natural y hasta jurídico de aquélla; la consecuencia obligada de que al actor le incumbe la demostración de los hechos alegados. El vicio reside, pues, en la raíz, en la causa primera, y dentro de un orden lógico, el remedio no estriba en la busca de un sucedáneo, sino en la extirpación del mal.

Tomando como punto de partida el hecho consagrado por la ley de que el sér concebido pueda ser sujeto pasivo de la donación, la sospecha de futuras contingencias, tales como las previstas en estos comentarios, sugiérenos algunas ideas que procuraremos exponer ordenadamente. Es la primera la de rodear el dicho del donante, respecto de la concepción del donatario, de todas las cautelas imaginables contra la mala fe; no ciertamente erigiendo el aserto del donador en presunción absoluta y rehuyendo la posibilidad de una prueba en contrario, sino condicionando esta demostración por la única que la propia naturaleza ofrece con caracteres de certeza; no la indagación corporal, practicada por peritos médicos, tan indecorosa cuanto relativa en sus resultancias, sino la probanza derivada del transcurso del término de la gestación, contado desde el momento del otorgamiento de la donación, y del hecho de no haberse verificado el parto durante dicho lapso de tiempo.

A estos efectos, comenzaríamos por decretar la no admisión de las demandas encaminadas á demostrar la inexistencia del sér concebido, sujeto pasivo de la donación, autorizando en cambio las que se entablasen por los que, considerándose con derecho á los bienes de la donación, reclamasen la invalidez de esta última, fundándose para ello en el transcurso de trescientos días, contados desde el otorgamiento de la donación, sin haberse verificado el nacimiento del supuesto concebido.

Pero estas disposiciones requieren otras complementarias con el fin de impedir, cuando no la simulación del parto, sí que pudiese ser sustituído el niño que naciere sin condiciones de viabilidad con otro infante que las reuniera.

Ningún inconveniente descubrimos para que, con las necesarias adaptaciones y reformas, se aplicaren por razón de analogía

los artículos 959 al 967 del Código. Y no sólo no vemos en ello dificultad ni contrasentido, sino que, por el contrario, estimamos esta adaptación de rigorosa justicia. Porque ¿qué argumento cabe invocar con respecto al caso de la herencia, que no sea asimismo aplicable al de la donación *inter-vivos?* Si el temor de la simulación del alumbramiento ó el de la sustitución del recién nacido existen en punto al primero, igual recelo sombrea el segundo. Y no sería justiciero desentenderse de aquel tan probado y verdadero axioma de que allí donde se presenta análoga razón, debe regir análogo derecho.

Si este criterio tan equitativo prevaleciere, la adaptación de los textos legales no implicaría en último término sino estas tres sencillas reglas, trasunto acondicionado de los artículos 960, 961 y 962:

a) Cuando la donación hubiese sido otorgada en favor de un concebido, deberá la madre, al aproximarse la época del parto, ponerlo en conocimiento de los que tengan á los bienes de la donación un derecho de tal naturaleza que pueda recaer en su provecho si el concebido no naciere vivo ó viable.

b) Los interesados en los bienes de la donación á que se refiere la regla precedente, podrán pedir al Juez municipal, ó al de primera instancia donde le hubiere, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, ó que la criatura que nazca pase por viable, no siéndolo en realidad.

Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni á la libertad de la madre.

Asimismo los interesados tendrán derecho á nombrar personas de su confianza que se cercioren de la realidad del alumbramiento.

Si la persona designada fuese rechazada por la paciente, hará el Juez el nombramiento, debiendo éste recaer en Facultativo ó en mujer.

c) La omisión de estas diligencias no perjudicará á la legitimidad del parto, la cual, si fuese impugnada, podrá acreditarse or la madre ó el hijo, debidamente representado.

No se nos ocultan las dificultades que la práctica de estas ledidas complementarias y de precaución ha de generar, si, un anto atenuadas cuando se trate del nacimiento de un póstumo, mpregnadas de desconfianza y rencores, cuando viva el padre y

observe la vigilancia que se ejerce sobre su esposa; pero ni es argumento que merezca tenerse en cuenta el rencor y malquerencia de un marido, ni su presencia brinda garantías en lo concerniente á la no simulación del parto ó sustitución del infante, y mucho menos si media el acicate codicioso de un lucro obtenido tan á poca costa.

Desenvueltos ya los temas relacionados con el caso práctico que nos ha servido como de núcleo, y respondidos con la mira puesta, no tan sólo en lo que es en el derecho legislado, sino en lo que debiera ser en el derecho por legislar, ya que un comentario no se desnaturaliza porque la labor crítica ascienda á tan empinados lugares, estudiemos otros nuevos aspectos del artículo 627.

***

En toda donación, como quiera que intervienen dos sujetos, uno que dona y otro que acepta, puede ocurrir que los dos actos, el de donar y el de aceptar, converjan en dos momentos sucesivos, ó que, por el contrario, constituyan dos actos independientes y distintos desde el punto de vista cronológico, ó sea de su sucesión en el tiempo. Cuando la convergencia se realice, no hay problema; mas si la aceptación se verifica en tiempo distinto, puede surgir la duda con relación al caso del concebido, de si no habiendo tenido lugar la concepción al tiempo del otorgamiento, será suficiente, á los efectos de la validez legal de la transmisión, que el sér haya sido ya concebido cuando la aceptación se practique.

Los comentaristas franceses vislumbraron ya la dificultad, y hubieron de resolverla, aunque con criterio distinto, que al cabo nada más natural cuando se someten á la reflexión de distintos pensamientos, materias opinables. Coin Delisle y Zachariæ, entre otros, mantienen un criterio cerrado, fundándose en que si bien es cierto que el mero acto de donar sin aceptación del donatario no pasa de la categoría de ofrecimiento, de promesa, no lo es menos que aun bajo esta base de discusión, el ofrecimiento no será tal si no existiese una persona á quien dirigírselo.

Enfrente de este dictamen, sostienen la doctrina opuesta Toullier, Maleville, Grenier, Marcadé, etc., apoyándose en que dependiendo la perfección y eficacia contractual de la donación

del consentimiento del donatario, parece suficiente que éste haya sido concebido en el momento de la formación del contrato.

Será severa y rigurosa, acaso con exceso, la tesis primera; pero á pesar de esto nos acogemos y formamos al lado de los que opinan como Zacharice, porque en el mismo rigor de su raciocinio encontramos la garantía de su exactitud. Además, aunque sea verdad, y nosotros no lo desconocemos, que la perfectibilidad de las donaciones reside en la aceptación, si bien en el caso que nos ocupa se traslada al hecho del nacimiento del sér en condiciones de viabilidad, ¿podrá negarse que el acto de otorgar la donación, de mostrar el donante su liberalidad, iniciando la prestación única que en la donación concurre por ser su naturaleza la de un contrato unilateral, es el elemento fundamental verdadera causa primera sin la que aquélla no existiría? ¿Y cómo mostrar la liberalidad, sin sujeto, siquiera concebido, en quien recaiga? ¿Cómo iniciar la prestación sin sujeto que la reciba? Valdría tanto como anular el elemento primordial de la donación, y destruído éste, ¿qué valdría por sí aislado el hecho de la aceptación, si el acto del otorgamiento se invalidaba por la inexistencia del sujeto pasivo de la donación?

Si ambos factores, el de la prestación y el del consentimiento, pueden coexistir, generándose en dos momentos sucesivos y sin solución de continuidad, es porque ambos requieren para su vida jurídica las mismas condiciones, el mismo medio ambiente; y presumir que la prestación pueda existir sin sujeto pasivo de la misma, y la aceptación no, cuando las dos no son, bien miradas, sino partes de un mismo todo, de una misma relación jurídica y deben participar de idéntica naturaleza, parécenos error impropio de un Maleville, de un Delvincourt, de un Toullier, de un Grenier y de un Marcadé.

***

Un solo punto réstanos por tratar, y éste más bien reviste carácter expositivo. Confiere el art. 627 la representación de los concebidos y no nacidos al efecto de aceptar la donación, á las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento.

En su consecuencia, ostentarán dicha representación el padre ó madre del concebido, y en defecto del padre, ó por incapaci-

dad legal de la madre, demencia, sordo-mudez ineducada, etc., el tutor de esta última. Podría controvertirse si la aceptación debiera verificarla un tutor *ad hoc* nombrado al concebido, pero desde luego nos decidimos por la opinión ya manifestada.

ART. 628. Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.

Concordancias.—Igual al art. 625 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 624.*

COMENTARIO.—*I. Consideraciones de índole general.*—La aplicación del artículo que antecede acusa la presencia de un litigio. Así como el humo denota fuego, así la nulidad de una donación cuando la causa de aquélla reside en la inhabilidad del beneficiado y en la interposición de persona para salvar artificiosamente la imposibilidad legal, arguye ese otro fuego que consume las fortunas y el sosiego de las familias y que recibe el nombre ya fatídico de pleito. Y no un pleito sencillo y llevadero, sino un juicio complicado, costoso, y por añadidura cerniéndose siempre en las nebulosidades é incertidumbres anexas á toda cuestión de mero hecho.

Mas como sin orillar antes el pleito no es posible llegar á la aplicación del artículo, bien se puede desde ahora conjeturar que muchas donaciones nulas han de convalidar tácitamente por la renuncia, ó, mejor dicho, alejamiento de los interesados de los peligros y gastos de todo negocio judicial.

Sácase de esta observación la triste consecuencia de que aun siendo como es notoria la justicia y legalidad del artículo, rara veces ha de verse aplicado, y muy pocas donaciones se han de anular partiendo de la base de un contrato simulado en favor de una persona interpuesta ó medianera.

Aparece este texto por vez primera con respecto al tema concreto de las donaciones en el art. 911 del Código napoleónico, mas el principio general de que los inhábiles ó incapaces no pueden recibir mediante la interposición de una persona capaz, se remonta á la doctrina de los jurisconsultos romanos. Sabido es que á tenor de la *ley 10, tít. IX, libro XXXIV, Dig.*, se cometía fraude de la ley cuando se prometía tácitamente restituir lo que se dejaba, ú otra cosa, á la persona que por las leyes estaba impedida de adquirir por testamento. *In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus se testamento capere prohibetur...* Esta misma afirmación la encontramos en la obra del Rey Sabio, y en la *6.ª Partida, tít. VII, ley 13* se lee que la sexta causa por la cual deben perder los herederos la herencia que les pertenece es *quando el testador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella heredad en que le estableciesse a algun su fijo o a otro que lo non podrá heredar porque le era defendido por la ley... E por qualquier destas seys razones sobredichas pierde el heredero la herencia: e deuela auer el Rey.*

Las leyes del Digesto y Partida que quedan transcritas contienen el germen del art. 628. *Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente bajo apariencia de un contrato por persona interpuesta.*

Es cierto que la disgregación del precepto y su aplicación á las donaciones es obra de los Códigos del presente siglo; pero ¿por ventura es distinta la tesis general que en las antiguas y modernas leyes se contiene?

Hemos dicho antes que en el Código napoleónico aparece por vez primera, ya en el ciclo de la tendencia codificativa, la prohibición de simular un contrato con una persona interpuesta para hacer recaer luego la herencia ó la cosa donada en favor de un incapaz de suceder ó de recibir por donación. En el Código supradicho, la tesis legal se nos presenta fundida en un solo precepto aplicable á los testamentos y á las donaciones. El proyecto de 1851, remitiéndose á los precedentes romanos y patrios, aunque copiando la forma del Código Napoleón, hubo de referirse exclusivamente á la materia sucesoria; mas al promulgarse los Códigos de Portugal, Italia y Méjico, entre otros, surgió ya la división, exponiéndose la doctrina por duplicado, una vez para

sancionarla con referencia á las donaciones y otra para fulminar el entredicho con respecto á los testamentos.

Los Códigos á que hace un momento nos hemos referido, el Napoleón, el de Portugal, el italiano y el de Méjico, exponen la teoría de tal suerte, que de su contexto se desprende:

1.° Que es nula toda donación hecha en beneficio de una persona incapaz de recibirla.

2.° Que esta nulidad perdura aun cuando la donación se disfrace bajo la apariencia de un contrato oneroso.

3.° Que de la propia suerte es nula la donación si se otorga valiéndose de persona medianera ó interpuesta.

Comprendieron los legisladores que la mayor dificultad había de residir en la determinación categorica de la persona interpuesta; vislumbraron la enorme dificultad, rayana casi en lo imposible, de una prueba que justificase que la persona donataria ó compradora, v. gr., había recibido la cosa á título gratuito ú oneroso, no para sí, sino para el incapaz ó inhábil, y en la vacilación de convertir el artículo en letra punto menos que petrificada ó comunicarle medios jurídicos aptos para su desenvolvimiento, optaron por crear una presunción *iuris et de iure* bajo cuyo amparo la antigua doctrina de los juristas de Roma cobró calor y produjo sus efectos. A este propósito, dijo el Código francés, art. 911: Se reputarán personas interpuestas el padre, la madre, los hijos y descendientes y el cónyuge del incapaz. El Código lusitano, artículo 1.481: Son consideradas como personas medianeras, los descendientes, ascendientes ó consortes de los inhábiles. El Código de Méjico, art. 2.751: Se considerarán como interpósitas personas, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge de los incapaces.

Despréndese de lo expuesto que la sola concurrencia del ascendiente, descendiente ó cónyuge del incapaz en la donación ó en el contrato oneroso, tal vez no simulado, es causa bastante para obtener la nulidad, sin que, como dice un comentarista francés y lo han corroborado diferentes sentencias de las *Cours de Appel* de París, 7 *Julio 1855;* Lyon, *24 Noviembre 1860;* Metz, *10 Agosto 1864,* etc., quepa prueba en contrario de la simulació
Tal es la consecuencia lógica de la presunción *iuris et de iure* a
mitida por los Códigos anteriormente mencionados, como lo
del mismo modo el haber de proceder siempre dentro del m

estricto derecho, sin ampliaciones á casos no comprendidos por la presunción. Así, v. gr., no es factible considerar como personas interpuestas por la sola fuerza de la *presumptio iuris*, á los hermanos ni á la concubina, como pretendía Delvincourt, ni siquiera, como opinaba Grenier, á la prometida, aunque contrajera inmediatamente matrimonio.

Estas personas, interpuestas por creación ó ministerio de la ley, personas medianeras por derecho propio, llamémoslas así, cuya sola intervención trae aparejada fatalmente la nulidad, las ha borrado el Código patrio del catálogo de las presunciones.

En el derecho castellano novísimo, la simulación mediante persona medianera hay que demostrarla plenamente, con lo cual, si bien el artículo se convierte en un problema probatorio dentro del arte de enjuiciar de lo más complicado y difícil que cabe presumir, se evitan las trabas á la libre disposición y acaso también las injusticias á que conduce no pocas veces la teoría adoptada por los Códigos de Francia, Portugal y Méjico.

El legislador patrio, en seguimiento de una idea laudable, ha movido tanto los émbolos pneumáticos, que hoy el art. 628 vive, ó, mejor dicho, vegeta en una campana de aire enrarecido donde no es posible que prospere prueba alguna, si la malicia de los que convierten el fraude de la ley en habilidad de leguleyo sabe sutilizar lo suficiente para no dejar rastros positivos de la simulación verificada.

***

Las consideraciones que anteceden nos ponen ya en situación de estudiar el artículo desde un punto de vista práctico.

Eliminada la presunción *iuris et de iure*, por cuya virtud se reputan personas interpuestas los descendientes, ascendientes y cónyuge del incapaz, podemos descomponer el artículo en tres partes:

Primera. Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas.

Segunda. Esta nulidad no desaparece aun cuando la donación se oculte bajo la vestidura de otro contrato.

Tercera. Es del mismo modo nula la donación que directa ó simuladamente, bajo la apariencia de un contrato oneroso, se verifique valiéndose de persona interpuesta ó medianera.

Como á simple vista se descubre, el artículo descansa sobre un principio fundamental, teorema matriz, digámoslo así, del cual son corolarios ó consecuencias las dos proposiciones jurídicas restantes.

Estudiemos el teorema y los corolarios, esclareciendo según nuestro humilde sentir las dificultades que encierra.

1.° TEOREMA. *Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas.*—Para demostrar un problema, sea jurídico ó matemático, es preciso, ante todo, llegar á percibir con claridad los términos con que aquél se enuncia, y en el caso que nos ocupa debemos dilucidar qué es lo que se entiende por personas inhábiles. Relacionando el artículo que comentamos con el 625, viénese en conocimiento de que por personas inhábiles el Código ha querido expresar tanto como personas incapaces de recibir por donación, ó, lo que es lo mismo, de ser sujetos pasivos de dicho contrato. Si, según el art. 4.°, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, síguese que deben ser nulas las donaciones cuando recaen en favor de personas á quienes el Código prohíbe expresamente recibir por dicho concepto. Existe además otra razón fundamental. La donación, como todo contrato, exige dos personas, dos sujetos con capacidad jurídica: la persona que transmite generosamente parte de su patrimonio y la que lo acepta y recibe. Si suprimimos uno de estos dos sujetos, v. gr., el sujeto pasivo, porque á tanto equivale jurídicamente negarle la facultad de recibir por vía de donación, esta última se extingue; mejor dicho, no llega á producirse porque le falta el medio ambiente necesario para su viabilidad. Por esto es indiscutible que la donación otorgada en beneficio de una persona inhábil, para emplear la misma nomenclatura del Código, lleva aparejada la nulidad más plena.

El legislador español, copiando al lusitano, se ha valido de la locución *persona inhábil*. Y no se crea que el empleo de dicha frase acusa ligereza. No será todo lo propia y comprensible que fuera de desear; pero por lo menos es lo bastante significativa para alejar la confusión. Si el art. 628 hubiere dicho *personas incapaces* ó *incapacitadas*, habrían surgido sus dudas; mas po *persona inhábil* no cabe sobreentender sino persona á quien l ley por modo expreso le prohíbe recibir donación.

Examinemos ahora los diferentes casos que pueden presentars

a) Criaturas abortivas.—Descartamos las donaciones en favor de los concebidos y no nacidos, cuando la criatura es abortiva. Entonces propiamente no hay donación, porque pendiente de una condición negativa resolutoria, el incumplimiento de la condicional resuelve el contrato. Sin donatario no puede haber donación, y la *presumptio* en obsequio de los concebidos se desvanece ante el hecho de la muerte de la criatura.

b) Inhabilidad de los que hubieren contraído matrimonio sin licencia siendo menores, ó sin consejo siendo mayores, antes de los tres meses que la ley establece.—Dispone el art. 50, en consonancia con el 45, ambos del Código, que cuando el menor ó el mayor se casaren sin licencia ó consejo respectivamente, ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por *donación* ni testamento. Tal disposición ha de interpretarse en todo su rigor literal. Serán, por tanto, nulas las donaciones que cualquiera de los esposos otorgue durante el matrimonio á favor del otro cónyuge, con tanto mayor motivo cuanto que además del precepto prohibitivo del art. 50 impuesto por el régimen económico de separación absoluta, existe el art. 1.334, según el cual, toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio será nula.

Finalmente, la nulidad alcanzará á cualquiera donación *mortis causa* que traten de hacerse los esposos. Tal es la ley cruelísima que debe tenerse presente con respecto á la causa de inhabilidad que dejamos mencionada.

Con respecto á las donaciones *antenupciales*, conviene recordar que, á tenor del art. 1.333, podrá pedirse la revocación en determinados casos. No hay para qué decir que en el fondo de esta causa revocatoria palpita la nulidad, lo mismo que en los casos anteriores.

c). Inhabilidad del tutor y de sus descendientes con respecto á la persona que aquél haya tenido en guarda, en tanto que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas.—Rige el mismo art. 50 en relación con el 45, y no hay para qué repetir lo dicho en el apartado precedente.

Tanto esta causa como la anterior, parten del supuesto de un matrimonio contraído sin licencia ó celebrado por el tutor ó sus descendientes con la pupila. Así es que la prohibición de donar es recíproca entre los cónyuges, por vía de pena en un caso y como medida de seguridad en el segundo.

Pero dejando á un lado estos dos casos taxativamente previstos y corregidos por una penalidad excesiva, fijémonos en que, sin que el matrimonio del tutor ó su descendiente con la pupila llegue á contraerse, puede presentarse el mismo peligro. Si la pupila dona al que fué su tutor antes de que éste le haya rendido las cuentas de la tutela, ¿será válida la donación? ¿Deberá reputarse para este solo efecto persona inhábil la del que ha venido desempeñando la guardaduría? Resolviendo en consonancia con los sanos principios de la equidad, y aun por razón de analogía, debiéramos responder negativamente, tanto más cuanto, según el art. 753, no surte efectos la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor, hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste. Si admitiésemos la validez de la donación, por esta válvula escaparía la malicia del guardador, y por inútil podría diputarse la prohibición del art. 753, si se dejaba libre y holgado otro medio, también gratuíto, para que sirviera de instrumento á la sujestión, cuando no al temor y á la violencia. Pero de otro lado no hay que olvidar que las incapacidades, inhabilidades y prohibiciones son de derecho estricto, y que aun cuando el pecado de inadvertencia del legislador salte á la vista, no es fácil violentar por una persuasión basada en la equidad, una regla de hermenéutica punto menos que sagrada.

¿En qué lugar del Código hállase *especialmente incapacitado* el tutor para recibir donaciones del que fué su pupilo, aun cuando aquél no le haya todavía rendido sus cuentas? Porque, nótese bien; según el art. 623, necesítase una incapacidad especialmente declarada por la ley. ¿Dónde, repetimos, se halla consignada esa incapacidad? En parte alguna; avasalla, sí, la conciencia y en ella labra hondamente la prohibición; pero nada más. Como convenio relacionado con la gestión de la tutela, no es factible considerar la donación, por lo cual no rige el art. 285 del Código. Podrá tal vez aducirse que la nulidad proviene de ser contra moral la prestación unilateral que constituye la causa del contrato, pero aparte de que la inmoralidad de la donación no puede afirmarse apriorísticamente cuando no deriva de presunciones sancionadas por la ley de un modo taxativo, ¿cómo reput causa de inhabilidad, específicamente consignada, la que si p algo se caracteriza es por la más amplia y genérica vaguedad

Reconocemos que por una serie de circunstancias donde s

funden y compenetran el error, el olvido y la imprudencia, pecados capitales todos ellos que condenan al legislador al tormento perdurable de la crítica, la resolución del problema es dificultosa, porque si de un lado campean las leyes de la analogía y los principios del derecho, si el silencio de la ley no debe argüir permisión, de otro lado batalla en contra el axioma interpretativo de que las prohibiciones son de derecho estricto. Rompiendo con los convencionalismos, nosotros apoyaríamos la inhabilidad, según ya hubimos de hacerlo al comentar el art. 625.

d) Inhabilidad de los cónyuges para recibir mutuamente uno del otro por título de donación, mientras subsista el matrimonio.

Sin adelantarnos á anticipar ideas, nos limitaremos á reproducir el art. 1.334, á cuyo tenor, toda donación entre cónyuges durante el matrimonio será nula, exceptuándose tan sólo los regalos módicos que se hacen en ocasiones de regocijo para las familias.

El temor de confabulaciones fraudulentas inspira este precepto, así como aquel otro del art. 1.458, según el cual, el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes ó cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al cap. VI, tít. III, lib. IV. El rigor es más acentuado en el supuesto del art. 1.334, toda vez que las prestaciones gratuítas se prestan con más facilidad á las transmisiones simuladas y por ende al fraude.

e) Inhabilidad de los hijastros respecto de las donaciones hechas por el cónyuge de su padre ó madre legítimo.

f) Inhabilidad de los herederos presuntos de uno de los cónyuges, con respecto á la donación que éste tratare de hacerles.

Dispone el art. 1.335 que será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación.

g) Inhabilidad de las personas colectivas no permitidas por la ley.

Las personas jurídicas consentidas por la ley pueden, según el art. 38, adquirir y poseer bienes de todas clases, derivándose de este principio que están capacitadas para ser sujetos pasivos de la donación. Pero las personas jurídicas son una creación del derecho que se vale de las personas individuales para agruparlas

en orden á distintos fines, tomando, claro está, como norma y base, la tendencia asociativa de la persona natural, con la mira de conseguir por el esfuerzo colectivo aunado lo que no se conseguiría por la sola iniciativa de la persona individual. Así, pues, si el fin de la persona colectiva no engrana con los fines del Estado, si atenta al mecanismo social, ó á ciertas instituciones estrictamente morales, v. gr., la Iglesia, el derecho como manifestación de la actividad vital de los Poderes públicos, niega su permisión, y la persona colectiva queda convertida, para todos los fines jurídicos, en una agrupación ilegal condenada á desaparecer. La agrupación fuera de la ley es en orden á la persona jurídica ó colectiva lo que la criatura abortiva con respecto á la persona natural. Pero hay una diferencia ostensible que toma su razón de ser de la naturaleza de las cosas.

La criatura abortiva, al fenecer, se suma en lo perecedero de la materia; opérase una transformación natural al par que jurídica, y así, no sólo desaparece la personalidad de derecho, sino la persona humana. La persona jurídica (corporación, asociación ó fundación) puede desaparecer, v. gr., por disposición de la ley, pero las personas naturales que la constituyeron, subsisten, y es llano que aunadas en agrupación ilícita, son capaces, aptas (naturalmente se entiende) de adquirir y poseer. Siendo esto así, compréndese por qué entre las incapacidades para recibir donaciones hemos mencionado la de las personas colectivas no permitidas por la ley.

2.° *Primer corolario: La nulidad no desaparece aun cnando la donación se oculte bajo la vestidura de otro contrato.*

El Código italiano, más explícito que el de nuestro país, dice en su art. 1.055 que cualquier donación en beneficio de una persona incapaz es nula aunque se haya hecho con apariencia de contrato oneroso.

Las dificultades del precepto, por lo que atañe á su comprensión, se resuelven por un caso práctico; mas no sucede lo propio por lo que afecta á la realidad del texto positivo, á su aplicación en la esfera de los Tribunales.

Ante todo, échase de ver una redacción incorrecta y propensa á duda. No se trata, como dice el art. 623, *de donaciones hechas, personas inhábiles, simuladamente* bajo la *apariencia* de *otro contrato* porque entonces llegaríamos al absurdo de calificar de donació

á la compraventa, por ejemplo, sino de contratos onerosos otorgados con personas inhábiles, pero dentro de los cuales se oculta la donación, ó, mejor dicho, una transmisión gratuíta.

Presentemos ahora un caso práctico: *A* compra á *B*, persona inhábil, una cosa mueble ó raíz de escaso valor, por un precio notoriamente excesivo; el exceso en el precio es el instrumento para donar bajo la apariencia de un contrato oneroso.

Otro caso: *A* concierta con *B*, persona inhábil, un pacto de renta vitalicia; *B* cede un bien de valor exiguo. *A* concede una pensión anua de subida cuantía. He ahí otro medio de defraudar la ley. Estos casos fácilmente denuncian la simulación, pero como la malicia de los hombres sabe cubrirlo todo con apariencias de legalidad, puede muy bien llegarse á simular la venta mediante entrega de justo precio por ante la fe de Notario, y proceder luego privadamente á la devolución de la cantidad entregada. Cuando se sutilice de esta suerte, cuando no quede resquicio ni cabo suelto por donde descubrir el fraude, cuando todos los elementos de convicción se cifren en la conjetura ó en la sospecha, ¿quién será el denodado que arrostre los peligros de un pleito y trate de probar en juicio una simulación realizada con todas las reglas del arte? Porque es muy digno de tenerse en cuenta que, desterradas las presunciones *iuris et de iure*, vigentes aún en los Códigos de Francia, Portugal y Méjico, por temor á favorecer la injusticia de un caso concreto con la generalidad absorbente de la *presumptio*, este mismo temor de la injusticia tiene que replegar el ánimo y la decisión del juez hacia el campo de las comprobaciones plenas. Y ¿quién prueba plenamente una simulación realizada con habilidad?

3.° *Segundo corolario: Es también nula la donación que directa ó simuladamente, bajo la apariencia de un contrato oneroso, se verifique valiéndose de persona interpuesta ó medianera.*

Como nuestros lectores habrán podido observar, preséntanse casos en los cuales la simulación directa entre el donador y el incapaz no puede realizarse ni aun por la vía de un contrato oneroso; ejemplo de esto: las donaciones recíprocas entre los cónyuges mientras subsiste el matrimonio. La donación en semejantes condiciones hállase prohibida por el art. 1.334. Si los consortes, para evadir la prohibición, recurren á simular un contrato oneroso, v. gr., de compraventa, les sale al paso el art. 1.458, prohi-

biendo también las transmisiones por dicho título que marido y mujer celebren entre sí, á menos que hubieren pactado el régimen de absoluta separación económica.

No queda otro recurso que describir con los bienes un ángulo: de *A*, cónyuge, por ejemplo, á *B*, extraño, y de *B* á *C*, otro de los cónyuges. He ahí en ese extraño la persona interpuesta de que habla el artículo que comentamos; he ahí el medianero, como dice el Código lusitano; el fiduciario, como por razón de analogía cabría calificarlo, porque á su fe se encomienda, aun dentro de la ilicitud de la simulación, encaminar los bienes hacia el lugar que en un principio se les asignó.

Pero, así y todo, á pesar del ingenio sutil que el fraude ejercita en provecho de los que quieren evitar los rigores de la ley, ésta, previsora, se anticipa y declara nulas las donaciones que recaigan en favor de personas inhabiles, aun cuando se verifiquen simuladamente y por personas interpuestas.

Según queda ya dicho, varios Códigos europeos, y alguno que otro americano, dividen las personas interpuestas en necesarias y voluntarias, en declaradas tales por presunción legal sin prueba en contrario ó por demostración realizada ante los Tribunales de Justicia. Los ascendientes, los descendientes, los cónyuges, llevan sobre sus hombros el sambenito de la interposición en determinadas legislaciones. En España, el Código ha borrado estas notas infamatorias de fraude que por ministerio de la ley y con la fuerza avasalladora de una presunción *iuris et de iure* vegetan, v. gr., en el Cuerpo civil de Portugal ó en el de la República de Méjico.

En el Código patrio, la interposición jamás se presume; así, pues, los ascendientes, los descendientes, los hermanos, los cónyuges, la concubina, la prometida, los ligados por íntima amistad, los extraños, podrán ser ó no ser personas interpuestas, porque esto, en último término, depende del resultado de las pruebas que se practiquen en el litigio. Claro está que la proximidad del parentesco ó la mayor graduación de la amistad serán indicios que un Juez cauteloso y previsor no echará en olvido para depurar la exactitud de las pruebas y apreciar su densidad jurídica, pero por sí solos no generarán la nulidad del supuesto contrato simulado.

La simulación y la interposición, en este segundo corolario

que estudiamos, se cruzan y entrelazan de tal suerte, que vienen á constituir una como á modo de clave, buscada la cual y desquiciada de su centro, el arco levantado sobre los pilares del fraude y de la astucia se desmorona, yendo cada trozo por su lado.

El problema consiste en descubrir esa clave y en dar el golpe en el sitio adecuado para su desquiciamiento.

*
* *

Réstanos por exponer un extremo dilucidado ya y resuelto por los comentaristas extranjeros que han estudiado en sus libros un precepto análogo al que nosotros analizamos. La prueba, llena de escarpaduras y barrancos difíciles de salvar, habrá de versar, entre otros extremos, sobre la inhabilidad del supuesto donatario, sobre la intención manifestada por el donador de favorecer al incapaz, sobre la intervención del medianero, sobre el acuerdo de donador y donatario; mas, ¿será preciso que medie acuerdo entre el interpósito y el donador? ó, en otros términos: ¿Deberá ser copartícipe, coautor del fraude, para merecer el dictado de persona interpuesta? No, ciertamente. Su papel de fiduciario, digámoslo así, acaso está más en carácter cuando, desconocedor de la simulación, de la que inconscientemente se le convierte en elemento activo, procede como medianero de buena fe. Esto, sin embargo, no es óbice para que se le repute interpósito, porque, como dice Laurent, se trataría en todo caso de una demostración de confianza hecha á persona que con seguridad sabía merecerla y no había de revelarla; por lo que, si semejante prueba se considerase necesaria, jamás podría realizarse la aspiración del legislador.

Y con lo expuesto hacemos punto, no sin recordar antes que el problema probatorio más complejo y espinoso que entraña el Código civil se cobija en el art. 658 y en su similar por razón de doctrina, el 755.

ART. 629. La donación no obliga al donante, ni roduce efecto, sino desde la aceptación.

Concordancias.—Análogo al art. 945 del proyecto de Código de 1851 y al 626 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro V, tít. II, ley 6.ª*—Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escripto, non deve por ende menos valer, que estonze semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da. Mas si aquel que ie la dio diz que nunqua ie la dio, ni fizo ende escripto; mas quel fue furtado el escripto, estonze aquel que dize que le es dada la cosa dévelo provar por testimonios que aquella cosa le fue dada, e assi le sera firme...

E si por ventura muriere aquel a quien fue fecha la donacion ante que la cosa aya recibida, la cosa deve fincar en aquel que la dió, o en sus herederos...

E si algun omme recibiera ya la cosa quel era dada, o por escripto, o por otro recabdo, si ploguiere despues a este que la recibio que este que ie la dio que la tenga de su mano, e despues muere aqueste á quien fue fecha la donacion ante que aquel que ie la diera, aqueste que muere la puede dar a quien quisiere. E si muere sin fabla, ayanla los herederos deste muerto, e non daquel que se la diera.

Fuero Real, libro III, tít. XII, ley 2.ª—Toda cosa que un home diere a otro, e la metiere en su poder, o le diere dende carta, no gela pueda despues toller, sino por alguna de las cosas que manda la Ley.

Fuero Real, libro III, tít. XII, ley 10.—Porque acaesce muchas vegadas, que algun home quiere dar heredad a otri, o otra cosa que no es en el Lugar do estan, mandamos que la donacion no sea por tal razon desfecha, si le ficiere ende carta, e gela diere: e si despues aquel que fizo la carta de la donacion, e gela dio, dixere que aquella carta no gela dio, mas que le fue furtada: si la carta fue fecha asi como manda la Ley, vala la carta, é la donacion, si el no pudiere probar que le fue furtada: e si la carta no fuere fecha así como manda la Ley, si probare aquel que tiene la carta de donacion que gela dio, vala, e si lo no probare que no vala la donacion. Otrosi mandamos que si alguno ficiere carta de donacion de sus cosas a otri, e la carta tubiere el que

la fizo, e no la diere, puedagela toller, si quisiere e darla a otri o facer della lo que quisiere: e si teniendo la carta entrega muriere, y en la vida, o en la muerte, no le mandare nada, ni ficiere ninguna cosa de aquello que es escripto en la carta, vala la donacion, y hayala aquel a cuyo nombre fue fecha la carta, si fuere vivo: ca si muriere ante que resciba la donacion, los herederos de aquel que fizo la donacion lo hereden: e si alguno diere su cosa a otri en tal manera que la tenga el que la da en su vida, y despues que finque a aquel que la da, porque tal donacion es semejable a las otras donaciones que se fazen en manda, por razon de muerte: mandamos que el dueño de la cosa pueda mudar su voluntad quando quisiere, maguer que no sea en alguna culpa a aquel a quien fue fecha la donacion; pero si por razon de aquella donacion alguna mision fizo a provecho de aquel que gela daba, el, o sus herederos, sean tenudos de dar aquella mision que fizo: mas si por aventura aquel a quien fue fecha alguna donacion la rescibiere, o le fuere dada por carta, e la carta tuviere en su poder, e despues destas cosas, o alguna dellas aquello que le fue dado diere a aquel que gelo dio que lo tenga en sus dias, e le sufriere que lo tenga por esto no pierda nada de derecho quando quier que muera el otro: e si el muriere antes dél, puedalo meter en su manda segun su voluntad: e si no ficiere manda, hayanlo sus herederos.

Partida V, Proemio—... Onde pues que en la quarta partida ante desta, fablamos de los casamientos, e del linaje que dellos sale, e de todos los otros debdos que los omes han entre si, por debdo de parentesco, o de señorio, o de cuñadadgo, o de amistad: en esta quínta diremos, de todos los otros debdos que crescen entre ellos: por razon de postura. Assi como por emprestido, o por donadio, o por condesijo, o por donacion, o por compra, o por vendida, o por camio, o por loguero, o por compañía, o por fiadura, o por peño, o por postura, o por otro pleyto qualquiera con plazer de amas las partes, e de todas las otras cosas que a alguna destas razones pertenescen. E porque estos pleytos e posturas á que llaman en latin contractos son los vnos de gracia e de amor que se fazen los vnos a los otros, e los otros son por razon de su ro de amas las partes, por ende nos queremos aqui fablar de los leytos de gracia, porque son los fechos dellos más nobles, e mas onrrados, a los que los fazen. Assi como de emprestar, e de dar

sin recebir ende luego camio o gualardon por ellos. E despues fablaremos de cada vno de los otros ordenadamente, assi como conuiene.

Part. 5.ª, tit. IV, ley 4.ª—Facerse puede la donacion en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion; la segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio; la tercera quando son presentes en algund logar, el que da e el que rescibe la donacion; la quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede facer si non por carta o por mensajero cierto, en que le embie a dezir señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenudo es de complirla aquel que la faze o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa; que si aquel que la donacion ha de cumplir, fuesse tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo que pueda bien beuir, de guisa que non haya que demandar lo ageno, estonce es tenudo en todas guisas, de la dar complidamente. Mas si por auentura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenudo de complir la donacion.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 6.ª—Por cierta cosa, e por señaladas razones se mueuen los omes a las vegadas a fazer donaciones a otros que si por ellas non se mouiessen por auentura non farian las donaciones. E esto seria como si vn ome diesse a otro marauedis, o alguna eredad, diziendo señaladamente quando se faze la donacion que lo da porque este el otro todavia guisado de cauallo e armas para fazerle seruicio: o si lo diesse a algund menestral, o a otro ome qualquier e dixesse abiertamente que gelo daua por alguna lauor o seruicio que le fiziesse. E por ende dezimos que si aquel que rescibiere la donacion, en la manera sobredicha, cumple la conuenencia, o la postura o faze aquello porque gelo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple, o non lo faze bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometio de fazer o que desampare la donacion que le fizo...

Novísima Recopilación, libro X, tit. VII, ley 1.ª—Donaciones se hacen en dos maneras é por manda en razon de muerte ó en sanidad sin manda: la que es hecha por manda, pueda aquel que la hizo, dar a otro, é retenerla para si, si quisiere; y la que es hecha de otra guisa, no la pueda quitar aquel que la dio, sino por las ra-

zones que manda la ley; esto si fuere hecha la donacion asi como manda la ley.

Observación.—Aun cuando en nuestras antiguas leyes no se mencionaba de un modo concreto y categórico el requisito de la aceptación, ni se residenciaba su falta con la pena de la nulidad, según lo practica el Código, dedúcese, no obstante, su necesidad, así del concepto contractual que al legislador alfonsino hubo de merecerle la donación *(proemio de la 5.ª Partida)* como de las leyes que tratan de la irrevocabilidad. Bajo tal impresión, y acaso como precedentes colaterales, digámoslo así, hemos transcrito los que anteceden.

ART. 630. El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante.

Concordancias.—Igual al art. 948 del proyecto de Código de 1851 y al 630 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 631. Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el art. 633.

Concordancias.—Análogo al art. 951 del proyecto de 1851, é igual al 631 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 629, 630 Y 631.—1.° *Algunas consideraciones de índole general.*

Aun cuando el plan expositivo de los artículos que constituyen el cap. II del título que estamos comentando adolezca de

cierto desorden, perceptible á simple vista, la exégesis nos compele forzosamente á ser también desordenados en la exposición. Esto no obstante, la trabazón y dependencia que media entre los artículos 629, 630 y 631 nos decide á estudiarlos conjuntamente.

La importancia de la materia relativa á la aceptación de las donaciones, si es que puede concederse categoría á un tema cuya sola enunciación conduce al convencimiento, data de la época de las Ordenanzas francesas, y deriva, no de la aceptación en sí, que bien mirado redúcese á una de las modalidades del consentimiento, sino de las ritualidades y formalismos con que las Ordenanzas revistieron la aceptación, tal vez con la mira, como expresa un distinguido comentarista francés, de multiplicar las causas de nulidad de las transmisiones gratuitas *inter vivos*, preparando con la proligidad de requisitos las celadas en que la complacencia y el descuido de los otorgantes pudieran inconscientemente hacerles caer. Después de todo, harto sabido es que las Ordenanzas del célebre D'Aguessau jamás miraron con buenos ojos las transmisiones gratuitas por actos *inter-vivos*.

Por las precipitaciones con que se elaboró el Código Napoleón, celeridades que movieron á Maleville á decir que el Código se había formado en cuatro meses, los formalismos de las Ordenanzas encontraron, no sabemos si por convencimiento de los civilistas de la época, ó por el impulso propio de todo Cuerpo legal ya formado, su aposento en el Código, pasando luego á las legislaciones extranjeras. Ello es que en el Código patrio, uno de los varios que se han inspirado en las fuentes del derecho francés, obsérvase una doble tendencia, un dualismo perceptible por lo que afecta á los elementos que pudiéramos llamar substanciales de la donación y por lo que atañe á los elementos formales ó ritualistas. Producto de esta bifurcación son los dos artículos 629 y 623; el primero proclamando que la donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde *la aceptación*, y el segundo estatuyendo que la donación se *perfecciona* desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

En el primer artículo late la tendencia, llamémosla así, substancial, aquella que descubriendo en la donación los elementos de todo contrato, deriva su perfección y sus efectos del consentimiento, de la mutua conformidad de voluntades que la aceptación implica; en el segundo predomina el elemento formal y por

esto, envolviendo una aparente contradicción, traslada el perfeccionamiento jurídico del contrato de donación, no al acto de la prestación del libre consentimiento, sino á aquel otro momento en que el donante conoce la aceptación del donatario.

Si bien la antinomia que entre dichos dos artículos se descubre pudo haberla evitado el legislador español, y por no haberlo hecho, merecedor es de censuras, no es tan honda la disidencia de doctrina entre uno y otro artículo que arguya una contradicción irresoluble, un abismo infranqueable.

Contradicción existe; porque sólo por efecto de una metamorfosis maravillosa podría tornarse lógico un raciocinio por cuya virtud se reputase imperfecto un contrato de donación donde concurriesen el objeto, la causa ó el consentimiento, y al mismo tiempo se reconociese por un texto vigente la posibilidad jurídica de que dicho contrato obligase al donante, y en su consecuencia, surtiese todos sus efectos. Dígase que la intención de los legisladores no ha sido la de contraponer dos artículos, sino la de armonizarlos rehuyendo toda sombra de antítesis, y se estará en lo cierto.

Cuando comentamos el art. 623, ya expusimos las reglas que, en nuestro sentir, realizan esa suspirada concordia entre los textos divorciados. No hemos ahora de repetirlas, y por eso en el lugar aludido las hallarán los que nos consulten.

***

2.° *Antecedentes legales.*—La condensación de la doctrina, su encarnación jurídica en un texto legal expresamente dirigido al enunciado concreto y categórico, data, como ya hemos dicho, de las Ordenanzas de D'Aguessau, donde la depositara el derecho consuetudinario en sus flujos y reflujos. Flotaba, no obstante, la doctrina, imponiéndose á todos los espíritus, desde los más antiguos tiempos de Roma. Y es que la aceptación de las donaciones, por su simplicidad, es de aquellos hechos que brotan espontáneamente del sentir universal. El más vulgar criterio descubre que en toda relación de personas, donde una de ellas brinda espontáneamente un bien ó un conjunto de bienes, requiérese quien se preste á recibirlo, porque no cabe liberalidad sin sujeto que perciba los beneficios de la misma.

Neque donationem sine aceptatione intelligi posse, según el concepto de Cicerón. Así se explica el texto de Javoleno... *Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod incohatur non potest* (1).

Así también se justifica este otro texto de Ulpiano: *Nom potest liberalitas nolenti acquiri* (2), del cual paladinamente se desprende, más bien por un razonamiento vulgar que científico, la necesidad de la aceptación, practicada por los romanos, así en el derecho privado como en el derecho público.

Dignas son igualmente de mencionarse la *ley 10, tít. V, libro XXXIX, Dig.* (3), y la *6.ª, tít. LIV, lib. VIII* del *Codex* (4).

Si venimos á nuestro derecho antiguo, en el monumento legislativo conocido por el nombre de *Forum judicum*, encontramos una ley, *la 6.ª, tít. II, libro V*, en la cual, al lado del concepto de la irrevocabilidad, esencialmente romano, vegeta el de la aceptación, como elemento, por decirlo así, necesario de toda transmisión contractual, bien lucrativa, bien onerosa.

Por esto dice la citada ley: *Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne si es dada por escripto, non deve por ende menos valer, que estonce semeia la donacion perfecta, pues que a ende el escripto daquel que la da.*

Al lado de la anterior, bien puede citarse la *ley 2.ª, tít. XII, libro III del Fuero Real*, y la 10.ª del mismo título y libro, siquiera respecto de esta última, una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1875 establezca que nada se disponía en dicha ley sobre aceptación de donaciones.

En la legislación de Partidas, así del proemio de la quinta

---

(1) *Ley 55, tít. LXIV, libro VII, Dig.*

(2) *Ley 19, § 2.º, tít. V, libro XXXIX, Dig.*

(3) *Absenti, sive mittas, qui ferat, sive, quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas, donari recte potest; sed si nescit rem quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.*

(4) *Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes, maxime si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est nanciscantur validas esse.*

como de las *leyes 4.ª y 6.ª, tít. IV, Part. 5.ª*, despréndese una doctrina análoga, sobre todo habida consideración á la naturaleza contractual expresamente reconocida en la donación por la magna obra legislativa del Rey Sabio. Y por si algún recelo pudiera caber en el ánimo de los suspicaces y de aquellos que sólo saben leer las leyes según están escritas, sin descubrir el alma que las vivifica, el Tribunal Supremo, aspirando ese espíritu oculto y reflejándolo en sus decisiones, sentó de una manera absoluta la necesidad de la aceptación y la nulidad consiguiente al incumplimiento de tan substancial requisito, así en la sentencia de 9 de Diciembre de 1864 al declarar que las leyes *4.ª y 6.ª, tit. IV, Partida V,* suponen necesaria la aceptación del donatario para que valga la donación, como en la de 5 de Mayo de 1870, al decretar que la donación *inter-vivos* queda sin efecto cuando no la acepta tácita ni expresamente el donatario, y aun en cierto sentido por la sentencia de 11 de Marzo de 1864, al consignar que siendo las donaciones *mortis causa* actos unilaterales revocables por su naturaleza, no requieren para su validez de la aceptación.

Merece también ser examinada la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Octubre de 1888.

Vese, pues, que el requisito de la aceptación, si no consagrado en nuestra legislación patrimonial por un texto *ad hoc,* contaba en su apoyo con textos colaterales, por decirlo así, de los cuales implícitamente se desprendía, con opiniones favorables de distinguidos glosistas y expositores, Gregorio López, Antonio Gómez, García Goyena, Salvador del Viso, y sobre todo con el apoyo del Supremo Tribunal de Justicia, cuya docta opinión hubo de revelarse por la publicación de diferentes sentencias ya citadas.

Por lo que atañe á las legislaciones extranjeras, el estudio comparativo de las mismas podrá suministrarnos algunos elementos aprovechables. Así como el caso típico de redundancia legislativa lo encontramos en los artículos 932 y 938 del Código Napoleón, así estos dos textos, por virtud de un raro fenómeno, al aclimatarse en el Código patrio nos ofrecen, no la misma anormalidad duplicativa, sino un caso de contradicción más ó menos aparente. Pero aparte estos dos hechos aislados, la mayoría de los Códigos se conducen con extremada corrección científica, siquiera cada uno procure imprimir su tonalidad y fisonomía propias. Así, v. gr., entre los Códigos europeos, el de Portugal vuelve por

los fueros de la irrevocabilidad, siguiendo en esto las huellas del Derecho romano, y concediéndole á dicho atributo toda la importancia que merece, decreta en el art. 1.456 que las donaciones *inter-vivos* se convierten en irrevocables desde su aceptación. No habla de su perfectibilidad; busca el efecto más transcendental de toda donación ya perfecta, con una sobriedad y exactitud científicas merecedoras del mayor encomio.

Menos sobrio y correcto el Código italiano, aun así aventaja en dicho punto á nuestro Cuerpo civil, porque si bien deja entrever algo antinómico, percíbense con más claridad los puntos de enlace. Así dice (art. 1.057): La donación no obliga al donante ni produce efecto hasta el día en que se haya aceptado. La aceptación puede hacerse en el mismo acto ó en otro acto público posterior, siempre antes de la muerte del donante; pero en este último caso no tiene efecto la donación sino desde el día en que se haya notificado al donante el acto de la aceptación.

Vese, pues, que en el sentir del legislador italiano una donación no se reputa consolidada mientras la aceptación no se notifica al donante, bien la notificación se comprenda implícitamente en el acto mismo de la otorgación si concurren donador y donatario, bien por acto auténtico cuando se realice con independencia, y por tanto en diversos instrumentos.

Si bien la doctrina de la aceptación, calificada por los puristas de bárbaro accesorio, según hemos ya hecho notar en otro lugar de estos comentarios, se ha extendido por todas las legislaciones como por contagio, y de ello ofrecen pruebas, entre los Códigos americanos, los de Méjico (art. 2.721) y Chile (art. 1.412), no ha dejado por ello de ofrecerse la nota original, y ésta la ha dado, como en otras muchas ocasiones, el Código de la República de Guatemala. Sin emanciparse de la doctrina de la aceptación seguida universalmente, pero comprendiendo al propio tiempo las inseguridades de condicionar la perfectibilidad del contrato por la notificación del donador, dejándole á éste en el ínterin ancho campo para sus veleidades y arrepentimientos, lo que en verdad no se compagina muy armónicamente con el atributo cualificativo de la irrevocabilidad, ha establecido ante todo en el art. 700 el principio general de que la donación *inter-vivos* se perfecciona con la aceptación expresa del donatario; pero añadiendo en el artículo 701 que durante los seis primeros meses la donación se

presume aceptada, si no lo fué expresamente, y vencido este término y extinguida la presunción legal, en lo sucesivo puede el donante revocar la donación que no se halle expresamente aceptada. Ciñéndose á un criterio imparcial, ¿no es mucho más jurídico el arbitrio ideado por el legislador guatemalteco, la *presumptio iuris* de la aceptación, que tantas eventualidades resuelve, sin atentar por ello á la virtualidad de la doctrina legal?

Conocidas ya las manifestaciones doctrinales del tema que estamos estudiando, vengamos al análisis del artículo.

3.° *Recto sentido del art. 629.*

No ofrecería ciertamente dudas el art. 629 si, como precedente jurídico y coexistiendo con él, no existiese el art. 623.

No obstante dicha coexistencia y la antítesis que late entre uno y otro precepto, una lógica interpretación conduce á términos armónicos.

Para penetrar el sentido del art. 629 hay que tener presente, de un lado, la naturaleza ostensiblemente contractual de toda donación *inter vivos;* de otro su cualidad jurídica de contrato unilateral, ó lo que es lo mismo, en el que sólo media una prestación en vez de la mutualidad de prestaciones ó servicios que desde luego se perciben, v. gr., en la compraventa, en el arrendamiento, en el censo, y por regla general en todos los contratos onerosos, incluso en la misma donación, cuando entreverándose el elemento esencialmente gratuíto con su contrario, genérase ese producto híbrido denominado donación con causa onerosa.

El legislador, aun cuando no hubiese sido por íntimo convencimiento, á lo menos por los residuos legales de otros siglos y de otros cuerpos ya fenecidos, por el derecho consuetudinario y por el sentir común de los Códigos modernos, vióse precisado á conferirle el *exequátur* á la teoría de la aceptación. Así, por otra parte, lo imponía la estimación contractual de las donaciones y el hecho jurídico de encarnar el consentimiento, de esencia en todo contrato, en la aceptación por el donatario. Al calor de este raciocinio tan natural y tan comprensible, nació el art. 629. Por eso, con espíritu generalizador y sin descender á las modalidades determinadas por la unilateralidad del contrato que nos ocupa, decretó que la donación ni obliga al donante ni produce efecto alguno sino á contar de la aceptación; es á saber: desde que media el consentimiento; desde que, en tesis general, la donación

queda perfeccionada por la conformidad de donador y donatario en la cosa donada (objeto de la prestación singular), así como queda perfeccionada la compra-venta cuando comprador y vendedor convienen en la cosa y en el precio (prestaciones mutuas ó recíprocas), art. 1.450. Como derivación de lo expuesto, y también en tesis general, puede sustentarse que la donación, si se convierte en irrevocable á partir de la aceptación por el donatario, es porque esta última, rodeada de los requisitos formales predeterminados por la ley, envuelve la perfección jurídica de la donación.

Mas al lado de lo genérico germina lo específico. Lo genérico hállase constituído en este caso por el elemento contractual, al que va anexa la conformidad de las voluntades que pactan (consentimiento). Lo específico, por la unilateralidad de la donación, por la prestación singular que repele todo servicio mutuo, el cual, por el hecho de su correspondencia con la prestación fundamental del contrato, viciaría su naturaleza, quebrantaría la gratuidad y, en último término, produciría la muerte legal de la donación.

El legislador, después de reducir el elemento genérico, por decirlo así, á los términos dogmáticos de un artículo del Código, encontróse con que en las donaciones, por la ausencia de prestaciones mutuas y de la dependencia recíproca que entre éstas media, puede el donador mostrar su voluntad solemnemente, y el donatario por instrumento separado, y aun en tiempo y lugar distinto, expresar su consentimiento. En la compra venta y en el arrendamiento, v. gr., cuando los estipulantes coinciden en las cosas y en el precio, genérase el consentimiento, porque entre unos y otros, compradores y vendedores, arrendadores y arrendatarios, establécese una comunicación, un verdadero comercio jurídico, mediante el cual todos los actos integrantes del contrato son conocidos por ambos contratantes.

En la donación debe producirse igual efecto; y cuando de un lado y como cabo suelto figura el acto del donador otorgando la donación, y de otro el del donatario aceptándola, elementos ambos substanciales para el perfeccionamiento legal de toda transmisión gratuita, requiérese un nexo que enlace y que establezca esa solidaridad necesaria entre las voluntades de los que pactan. Ahora bien: esta relación tiene que exteriorizarse por algún medio

auténtico de los que el derecho establece: de aquí la notificación en forma.

El raciocinio que antecede estaba llamado á traducirse por un precepto esencialmente práctico, formalista, restringido al caso singular para el que era procedente, mas en modo alguno generalizado. Sin embargo, al Código patrio debió parecerle esto demasiado llano, y mirando por los fueros de la teoría y dejando á un lado lo vulgar de todo casuismo, redactó el art. 623, á cuyo tenor, la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Como pueden hacerse cargo nuestros lectores, la intención del legislador no ha podido ser más digna ni más científica. Mas, con todo, de ahí procede el error, y de haber trocado en absoluto y general un precepto restricto al caso en que la aceptación se verifique por instrumento distinto de aquel en el que se otorgue la donación, provienen todos esos antagonismos, muy ciertos, pero muy sin base entre el artículo antes citado 623, y el 629 que estamos comentando.

Descubierta la raíz del mal, nada más fácil que aplicar el remedio según los principios de la terapéutica jurídica. Despojando al art. 623 de su carácter absoluto, y reduciendo sus contornos en la forma antes indicada, resultan las siguientes dos reglas que son como á manera de resolutivos de la antítesis entre los textos legales ya aludidos.

A) La donación se perfecciona por la aceptación del donatario.

B) Cuando la aceptación se verifique por instrumento distinto del de la donación, y el donador no concurra á su otorgamiento, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, anotando esta diligencia en ambos instrumentos.

a) En este caso no se reputará perfecta la donación mientras no se haya practicado la notificación.

He aquí cuán sencillamente se armonizan artículos que parecían inconciliables.

4.° *Dentro de qué tiempo debe hacerse la aceptación para que rta sus efectos.*

No establece la ley término fijo. Basta que la aceptación se aga en vida del donante. Parecía lo natural que el legislador atrio hubiese establecido dicho precepto al igual de otros Códi-

gos extranjeros, es decir, comunicándole carácter de generalidad. Al cabo no se trata de un principio aplicable exclusivamente á las donaciones de bienes inmuebles, v. gr. Pero como esto hubiese sido lo normal y lo correcto, era preciso que el Código español diese la nota original, generando, ya que no dudas, porque es sobradamente clara la materia, sí incorrecciones manifiestas. Al tratar en el art. 633 de las condiciones requeridas para la validez de las donaciones de bienes raíces, se expresa en el segundo párrafo lo siguiente: «La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.» ¿Quiere acaso significar este segundo párrafo, por referirse privativamente á los bienes inmuebles, que con respecto á los muebles cabe aceptar la donación después del fallecimiento del donador? En modo alguno: los descuidos de una comisión legisladora no pueden autorizar interpretaciones absurdas, cual la que se seguiría de admitir una dualidad de criterio semejante.

Lo mismo tratándose de donación de bienes raíces que de bienes muebles, la diferente cualidad de la materia no puede determinar una alteración de la naturaleza del contrato, y si es elemento integral del mismo y requisito *sine qua non* para su perfeccionamiento jurídico el conocimiento por el donador de la aceptación del donatario, compréndese que este conocimiento sólo puede lograrse en vida. De aquí que, sin recelo de ninguna clase, puede sentarse la siguiente regla. En toda donación, para que la aceptación surta sus efectos, deberá hacerse en vida del donante.

Basta enunciar la tesis para vislumbrar la consecuencia: mientras que la aceptación no se realice, en la misma escritura de donación, ó si se acepta por instrumento distinto, mientras no se notifique, goza el donador de amplia libertad para dejar sin efecto la donación. ¿Es esto así? Ciertamente. Despréndese de un modo inconcuso del art. 630 que comentamos, por cuanto declara que la donación no obliga al donante *ni produce ningún efecto*, sino desde la aceptación. Algún Código, v. gr., el chileno (artículo 1.412), ha llevado su llaneza hasta el punto de mostrar la consecuencia sin reparo, diciendo: «Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, *podrá éste revocarla á su arbitrio.*» Mas ya que es así, ¿debiera serlo? Opi

namos en contra. Eso de sentar plaza de liberal y desprendido para arrepentirse á las veinticuatro horas, dejando desflorada una ilusión, sin más que un rapto de voluntariedad, podrá parecer muy jurídico, quizás se alegue que á ello conduce la necesidad de mantener en toda su pureza la doctrina de la aceptación; pero medios hay de impedir estos extremos perjudiciales, y buena prueba ofrece el Código guatemalteco. Quien otorga una escritura de donación refleja su voluntad en un determinado sentido, y hay que presumir que, sin que medien justas causas, esa voluntad debiera prevalecer. Por eso la *presunción de la aceptación* durante un término ni angustioso ni prolongado con exceso, es arbitrio que resuelve todas las dificultades. Lo demostraremos con ejemplos.

A, domiciliado en Madrid, dona en forma una casa á *B*, v. gr., residente en Barcelona. Advertido el donatario, se apresura á aceptar la donación; pero antes de haberlo podido verificar, fallece el donador. Ajustándonos rigorosamente al texto que comentamos, la donación en este caso se resolverá por el fallecimiento del donante, y sus herederos serán los que con pleno derecho entrarán en posesión de los bienes constitutivos de la donación.

Pero aunque esto sea lo legal, ¿es por ventura lo justo? No ciertamente, y nunca con mayor motivo podrá decirse que las exageraciones del principio lógico del derecho son algo así como el extremo contrario de la equidad.

Cuando la aceptación se solemniza por instrumento distinto de la escritura de donación, y, por tanto, en tiempos diferentes, lo que la justicia, mejor dicho, lo que la realidad de la vida jurídica pide es la concesión de un plazo al donatario—mayor ó menor, porque esto queda á la prudencia, cuando no al bien parecer de los legisladores;—pero al cabo un término dentro del cual pueda aceptarse expresamente, rigiendo en el entretanto los *presumptio* de la aceptación. Si transcurrido dicho plazo el donatario no aceptara, el donador recabaría su libertad de acción, así porque este abandono argüiría renuncia, cuanto porque se impondría el principio regulador de toda prescripción; es á saber, castigar la negligencia.

Para que se comprenda á qué dolorosos extremos conduce el rigor de la teoría que en el derecho patrio ha prevalecido, pon-

dremos otro ejemplo. *A* dona un bien raiz á *B*. Este lo acepta, aun cuando no en la misma escritura de donación, sino por instrumento distinto; pero antes de cumplir con la rúbrica del párrafo 3.° del art. 633, ó sea la notificación al donador, éste fallece repentinamente. Muy bien puede suceder que entre la donación y el fallecimiento medien tan sólo dos ó tres días. Y entonces por un acto inconsciente, por un caso imprevisto, cual la muerte repentina, residiendo en la conciencia de todos la persuasión de que el ánimo del donador seguía siendo respecto de la donación y en el instante del óbito el mismo que en el acto del otorgamiento de la escritura, la donación habrá de resolverse y no producir efecto alguno, porque así lo exigen de consuno los preceptos combinados de los artículos 623 y 629.

Podrá tal vez ocurrir que batallando el derecho estricto con la equidad, el convencimiento de la injusticia y la fuerza de la persuasión moral arrastren al perjudicado á los azares y peligros de un pleito, y acaso esa misma fuerza moral determine un fallo favorable, pero será á costa de los tejidos legales y después de relajar el rigor dialéctico de la doctrina sancionada por el Código. ¡Arrastra á tales abismos la exageración del principio lógico del derecho! Y es que, como dice Ihering magistralmente en *El espíritu del Derecho Romano*, se desconoce la esencia misma del derecho, y se incurre en un error completo queriendo en nombre de la lógica hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. La vida no debe plegarse á los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquélla. No es de ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad ó imposibilidad lógicas nada tienen que ver con ello.

Todos estos escollos sálvalos la teoría de la aceptación presunta durante un término dado, pero en nuestra condición de comentaristas, tócanos sólo apuntar futuras dificultades y resolverlas según nuestro humilde sentir. En esta ocasión, los estudios de legislación comparada son los que despejan la nebulosa.

5.° *¿Es válida la aceptación presunta ó tácita?*

Tema es éste que no envuelve ninguna novedad, y, sin embargo, ha motivado opiniones contrapuestas.

En nuestro antiguo derecho, como quiera que el particular

relativo á la aceptación de las donaciones se cernía más bien por el tamiz de lo presunto que de lo expreso, no era de extrañar que cuestiones de la índole de la presente pasasen desapercibidas. Reflejo de esta indiferencia son los fallos del Tribunal Supremo. Así, v. gr., la sentencia de 5 de Marzo de 1870 dispuso que la donación *inter-vivos* quedara sin efecto cuando no la aceptase *tácita ni expresamente* el donatario. Pero aún es más categórica la sentencia de 1.° de Octubre de 1888. He aquí sus puntos doctrinales: «Otorgada una escritura de donación, deben estimarse como prueba de la aceptación de ésta el pago por el donatario de las contribuciones correspondientes á los bienes donados, la posesión de éstos con los títulos de propiedad á favor del donante y el cumplimiento del gravamen á que estuvieren aquéllos afectos; actos todos que por su naturaleza demuestran la voluntad del donatario y lo irrevocable de la donación, invalidando con ello todo acto posterior. No apreciándolo así, y considerando, no obstante, el concurso de aquellas circunstancias, invalidada una escritura de donación por otra posterior, incurre la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de las pruebas, conforme al caso 7.° del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, é infringe las leyes *6.ª, tít. XII, lib. 3.° del Fuero Real*, ó sea *la ley 1.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilación, y la regla 12, tít. XXXIV, Part. 7.ª*»

Vese, pues, que, según la interpretación de la jurisprudencia, lo mismo surtía sus efectos en el derecho antiguo la aceptación expresamente consignada que la tácitamente traslucida. Mas después de la promulgación del nuevo Código, ¿cabe sostener igual criterio? Entre los juristas franceses se han dividido las opiniones.

Sin embargo, débese observar que los Tribunales se han decidido por la necesidad de la aceptación expresa, como lo prueba una sentencia de Dijon de 12 de Julio de 1865, por la que hubo de declararse que la nulidad de la donación hecha á un menor, nulidad proveniente de no haber sido aquélla aceptada en legal forma, no quedó convalidada por la aceptación tácita que el menor, una vez llegado á la mayor edad, efectuó, tomando posesión de los bienes y cumpliendo con las condiciones impuestas por el donador.

Puede asegurarse que el campeón de la validez legal de la

aceptación tácita ha sido Toullier, fundándose en que el art. 1.339 del Código Napoleón, referente á la difícil teoría del *ius confirmationis*, no prohíbe sino la confirmación expresa, pero no la tácita resultante de los actos de ejecución. La mayoría de los autores franceses rechaza la tesis de Toullier, incluso su anotador Duvergier. Vengamos ahora al Código vigente.

Sabiendo que los artículos del Código español traen su abolengo de las rigorosas Ordenanzas de 1731 (1), puede darse por prejuzgado el problema.

Con efecto, hay que separarse de los derroteros trazados por la antigua jurisprudencia, porque con posterioridad á la publicación del Código civil todas las donaciones deben aceptarse expresamente. Y no se diga que en la donación de bienes muebles, cuya entrega se haga de presente, suplen los textos á la aceptación expresa, porque ello fuera bueno si hubiérase de juzgar este extremo por derivaciones lógicas y no por actos categóricos. Descartadas dichas donaciones porque la tradición actual de la cosa acusa fatalmente aceptación, fijémonos en los demás casos que pueden ocurrir.

a) Donación de cosas muebles y aceptación por acto posterior.—Declara el art. 632 en su segundo párrafo, por cuanto no media simultaneidad en la entrega, que la donación no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

b) Donación de cosa raiz.—Preceptúa el art. 633 que, para que sea válida, deberá hacerse por escritura pública, prestándose la aceptación en la misma escritura ó por instrumento separado.

c) Donación de cosa raiz y aceptación por acto posterior. — Dispone el mismo art. 633 que hecha la aceptación por escritura separada, deberá notificarse en forma auténtica al donador, anotando dicha diligencia en ambas escrituras.

Es, pues, como acabamos de demostrar, de esencia para la validez y perfección jurídica del contrato que la aceptación se preste por modo expreso, ó lo que es igual, que claramente de-

(1) Ordenanza de 1731, art. 6.°—«*L'acceptation de la donation sera expresse; sans que le jugues puissent avoir aucun egard aux circonstances dont on pretendrait induire une acceptation tacite ou presumée, et ce quand même le donataire aurait eté present á l'acte de donation et qu'il l'aurait signe, ou quand il serait entre en possession des choses données.*»

note la intención del donatario, sin que quepan equivalencias de actos reveladores del mismo propósito, muy significativos sin duda, pero rechazados por el legislador en el mero hecho de imponer preceptivamente la forma instrumental de consentir y de derivar causas de nulidad del incumplimiento de dichas solemnidades del contrato. Es algo que guarda afinidades con las formas solemnes de disponer *mortis causa*, por cuanto la solemnidad instrumental condiciona la virtud legal del fondo, y al propio tiempo, aunque parezca paradógico, es algo que conserva reminiscencias del formalismo romano, tan esencial al Derecho.

Laurent tacha de arbitrario, y no fundado en ningún principio jurídico ni de razón, el requisito de que la donación se haya de aceptar en términos expresos, y á este efecto expone: Si la presencia al acto y la firma bastan para someter á las partes que estipulan á las obligaciones más onerosas, ¿con cuánto más motivo no deberían bastar para denotar la aceptación del donatario que á nada se obliga y que recibe una liberalidad sin tener que contraer otra equivalente? Razón tiene Laurent al argumentar en dicho sentido, pero, descartando la fuerza del argumento, carece de importancia práctica, porque sin molestia ni perjuicio del donatario, ya que se supone que concurre al otorgamiento de la escritura y la firma en señal de consentimiento, se salvan, por la cláusula de aceptación, todos los recelos que siempre van anejos á las presunciones, por muy significados y verdaderos que sean los hechos de donde aquéllas dimanen.

***

6.° *Aspectos jurídicos de la aceptación.—Problemas.*

Relacionados con la interesante teoría de la aceptación de las donaciones, preséntanse diversos problemas, ya vislumbrados muchos de ellos por los comentaristas extranjeros; pero no obstante lo cual, creemos útil su exposición. Si el Código patrio hubiere llevado su rigor científico á más alto grado, ciertamente no sería este el lugar más á propósito para desarrollar dichos temas; pero constituyendo el art. 629 el verdadero núcleo de toda la doctrina, no desdice del rigor lógico presentar al lado del teorema fundamental los corolarios que de él se desprenden.

Sabemos ya que la aceptación no surte efectos, y en su consecuencia, tampoco la donación, si aquélla no se presta antes del

fallecimiento del donante. Como dice muy fundadamente Troplong, la aceptación hecha después de la muerte del donador no aprovecha, porque «*quia post mortem dominium incipit discedere ab eo qui dedit*». La filosofía de la regla enséñala el aforismo transcrito. Mas, y si el donante se incapacita, v. gr., cae en locura ó los Tribunales le declaran pródigo antes de la aceptación por el donatario, ¿surtirá efectos la donación? Porque si la muerte borra la persona natural, la declaración de incapacidad capitidisminuye la personalidad civil, y por razón de analogía parece justo sostener asimismo análogo principio. Y así es como, con efecto, se ha pronunciado el común sentir. Hay, es verdad, autores que mantienen un criterio contrario, v. gr., Demante, en cambio forman en la mayoría Demolombe, Marcadé, Laurent, etcétera. ¿No sería absurdo admitir la posibilidad de que un contrato consensual se perfeccionase por un consentimiento prestado en un tiempo en que una de las partes estipulantes carecía de capacidad para contratar? Porque en los contratos consensuales el aliento vital deriva de la conjunción de las voluntades; y si bien por las condiciones especiales del contrato de donación, por no envolver más que una prestación, ó lo que es lo mismo, por su unilateralidad, es factible romper esa continuidad instrumental intrínseca de los contratos bilaterales, no por esa nota singular de las transmisiones meramente gratuítas *inter-vivos* se desnaturaliza el contrato. Para que el consentimiento se produzca es menester que las voluntades se comuniquen (á cuyo efecto tiende la notificación), y que por virtud de esta comunicación surja esa unidad fundamental de pensamiento, que es lo que constituye como el alma del contrato. Por esto, es parecer ordinariamente aceptado el de que el donador debe disfrutar de plena capacidad, no solamente en el acto del otorgamiento, sino asimismo en el de la aceptación por el donatario y en el de la notificación. Después de todo, no se trata de otra cosa que de un contrato cuyo proceso jurídico, en lugar de condensarse íntegro en la continuidad de un solo instrumento, se descompone en varios grados sucesivos; sumadas todas las cuotas dan el mismo resultado. Es una suma que se descompone en sus sumandos. ¿Y por ventura esto altera la naturaleza del contrato? No; como la descomposición de las sumas tampoco modifica su condición aritmética ni altera su total.

Todo esto es dialéctica pura; pero acaso por eso mismo vuelve á despuntar la exageración tan temerosa del principio lógico del derecho. Y tan cierto es lo que decimos, que los mismos tratadistas y expositores extranjeros que han desenvuelto en sus obras el tema relativo á la necesaria existencia de la capacidad del donador en el instante del otorgamiento y de la aceptación, no se han atrevido á llegar hasta las últimas consecuencias, retrocediendo por las vías de un raciocinio más en armonía con las realidades de la vida práctica Así se explica que algunos tratadistas franceses, Troplong y Marcadé, sostengan que la notificación puede ser hecha al donador por los herederos del donatario; y asimismo se comprende que miren con cierto desdén el requisito apéndice de la notificación, sosteniendo por obra y gracia de un admirable equilibrio, rayano ya en las lindes del sofisma, que la aceptación confiere la propiedad de la cosa donada, aunque dependiente de una condición resolutoria; es á saber: que el donador disponga á su albedrío de esa misma cosa, mientras la notificación no se practique. Más molesta y más rígida, pero también más lógica, es la tesis que Fenet propuso al Consejo de Estado, la que mantiene Duranton y la que ha prevalecido en el Código español por virtud del art. 623, á cuyo tenor la donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donador.

Sabemos ya que el donante debe gozar de capacidad, no sólo en el instante del otorgamiento de la donación, sino también en el de la notificación de la aceptación, en cuyo momento y cuando la aceptación se realiza por acto distinto, cabe sostener que la donación se reputa perfecta; ¿pero deberá asimismo ser capaz el donador durante el tiempo intermedio? La cuestión por su rareza carece de importancia. Sin embargo, haremos notar que los autores discrepan. Demante se decide por la negativa, Demolombe y Laurent por la afirmativa. Nosotros opinamos de igual modo que estos dos últimos, y los argumentos en que nos apoyamos expuestos quedan y no hemos de repetirlos.

***

Estudiemos ahora el art. 630. Dice éste que el donatario debe, *pena de nulidad,* aceptar la donación por sí ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso ó con poder ge-

neral y bastante. La declaración no puede ser más franca y categórica, y muy pocas palabras bastarán para comentarla.

Ante todo, obsérvese que el artículo limita la facultad de aceptar una donación al mismo donatario, bien por sí, bien por persona legalmente apoderada. Y al imponer tal regla con carácter preceptivo y al castigar su infracción con la nulidad, quita pábulo á las controversias de los juristas acerca de si la aceptación verificada por la procuración sin mandato, ó mejor dicho, por el cuasi contrato de la gestión de negocios podría estimarse convalidada por la ratificación en forma. Muchos escritores franceses, y entre otros podemos citar á Delvincourt y á Vazeille, fundándose en las Ordenanzas de 1731, en los principios del derecho común, y sobre todo, en la especie mantenida por ellos mismos de que el art. 933 del Código nepoleónico no prohibió por modo expreso la posibilidad de ratificar una aceptación verificada por un tercero sin mandato, sostuvieron la afirmativa. El mismo García Goyena en las *Concordancias y comentarios al proyecto de 1851* siguió la huella de los autores citados, exponiendo que faltando el poder no valdría la donación si después no la ratificaba el donatario.

En verdad, discutir hoy estos extremos es baladí. Aparte de que el art. 630 sienta un precepto especial para el caso, lo cual excluye la aplicación de las reglas generales de toda procuración sin poder, á menos de incidir en nulidad. ¿Qué es, bien mirada, la ratificación de una aceptación, sino la aceptación misma verificada por la individualidad capaz para ello? La aceptación hecha sin mandato es completamente ineficaz, y no se puede hablar de convalidaciones ó ratificaciones, porque de nada sirve otorgarles este nombre si no han de producir los efectos jurídicos que le son anexos. Una convalidación surte el efecto de retrotraer la validez al tiempo inicial del acto ó contrato convalidado; pero en el caso del art. 629 la ratificación no produciría otro resultado, y esto á lo sumo, que el de ser estimada como el acto originario de aceptación.

Mayor importancia entraña la determinación exacta de estas palabras empleadas por el artículo «*So pena de nulidad*». ¿A c[illegible] les extremos alcanza? ¿Es que se invalida la donación, ó es q[illegible] la aceptación verificada por un tercero sin mandato no produ[illegible] efecto alguno?

Pensamos esto último, aun cuando la vaguedad del concepto y la propia significación del vocablo *nulidad,* acuse el ejercicio de una acción para que pueda ser declarada.

Sin duda el legislador emplea la palabra *nulidad* en un sentido amplísimo, como sinónima de *aceptación ineficaz;* pero sin pretender denotar para la obtención de esta ineficacia, el ejercicio previo de una acción ante los Tribunales de Justicia. Para convencerse de la certidumbre de este aserto, no hay sino descender á la realidad y fijarse en que la única persona con derecho para reclamar la nulidad, es el mismo donador. Ahora bien: ¿qué necesidad de reclamación judicial tiene este último, si por la no aceptación en forma del donatario, puede á su albedrío disponer de los bienes donados dándoles la dirección que estime más conveniente? Porque la aceptación por un extraño sin mandato, vale tanto como la no aceptación, con lo cual no hay para qué expresar que rige con carácter absoluto el art. 629, y en su consecuencia el donante no queda obligado.

Si el donatario no acepta la donación, interviniendo directamente, por su propia personalidad, puede aceptarla por conducto de apoderado, salvando mediante el mandato los obstáculos del tiempo y de la distancia. Mas el artículo preceptúa que el poder ha de ser especial para el caso, ó *general* y *bastante.*

Ninguna duda habrá de suscitarse cuando se trate de un poder especial, confiriendo facultades concretas y determinadas para la donación de que se trate, v. gr., poder para aceptar la donación hecha por *A* ó por *B;* pero ya no es tan sencillo cuando el poder sea general. El artículo que comentamos singulariza el poder general añadiendo que debe ser *bastante,* y al enunciar la idea acude inmediatamente esta pregunta: ¿Y quién es el llamado á calificar el poder, á declarar su deficiencia ó suficiencia jurídica? Descartamos por de contado la persona del donador: *primero,* porque la calificación legal de los instrumentos no incumbe á los particulares, aunque en el acto ó contrato á que aquéllos se refieren tengan un interés directo y personal; *segundo,* porque si el donador estimase deficiente el poder, y en su consecuencia considerase la aceptación inválida, abiertas tiene las puertas para recurrir ante los Tribunales ordinarios y depurar dichos extremos. No hay tampoco para qué hablar de los Letrados en ejercicio. Éstos tienen facultad privativa para bastantear

los poderes para pleitos á tenor del art. 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, sin perjuicio del fallo de los Tribunales, si se promoviera contienda sobre la insuficiencia ó ilegalidad del instrumento; pero esta facultad, que en rigor á nada conduce, se constriñe á un solo caso y con una determinada aplicación.

Los Notarios es cierto que califican la capacidad de los otorgantes de instrumentos rujetos á Registro (art. 6.° de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874), pero en modo alguno la validez ó insuficiencia de los mismos instrumentos que redactan, porque de ser así, aparte del absurdo jurídico que semejante facultad entrañaría, se abrogarían funciones judiciales, convirtiéndose á la vez en partes y en juzgadores.

Creerán acaso nuestros lectores, después de la enumeración que acabamos de hacer, que nosotros conceptuamos como un requisito esencial el que el poder otorgado por el donatario en favor de determinada persona, sea calificado por algún funcionario competente. No, en modo alguno. Esto equivaldría á desconocer la realidad de la vida militante del Derecho. De sobra comprendemos que cuando por ninguna parte interesada se oponga tacha de insuficiente al poder por cuya virtualidad se haya efectuado la aceptación, aquél se estimará bastante, porque las nulidades y desestimaciones jurídicas surgen al contacto de las acciones ejercitadas en forma, permaneciendo entre tanto como en sueño letárgico, prestas á reanimarse al calor de la querella litigiosa. De aquí se desprende la consecuencia que venimos buscando y que planteamos como tesis general, sin perjuicio de la excepción; es á saber: Sólo á los Tribunales de Justicia compete pronunciar la declaración de ser bastante el poder, cuando, negada la validez de la aceptación, hecha mediante apoderado, por el propio donante ó alguno de sus herederos, el donatario mantuviere la suficiencia de la escritura de mandato y consiguientemente la validez de la aceptación.

Mas al lado de la regla general vegeta la excepción y con respecto á las donaciones aceptadas en virtud de poder, hállase aquélla constituída por el caso de las transmisiones gratuitas de bienes inmuebles. Aclararemos la idea. Expone el art. 633 del Código español que para que *sea válida* la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que

deba satisfacer el donatario. Versando la donación sobre bienes raíces, es estrictamente legal el suponer que el donatario proceda á inscribir la cosa inmueble donada. Ahora bien: ya con anterioridad al Código, y no hay para qué expresar que posteriormente con mucho mayor motivo, una Resolución de la Dirección general de los Registros de 9 de Marzo de 1864 prescribió que no procedía la inscripción de una escritura de donación con mejoras de tercio y quinto con señalamiento de fincas, hecha por un padre á favor de su hija, imponiéndole varias condiciones, y en cuyo otorgamiento esta última no había tenido intervención, hasta que constase la aceptación de la donataria, sin que el Notario autorizante pudiera aceptarla; todo lo cual constituía un defecto subsanable, poniendo en el ínterin la correspondiente anotación.

Atendidos estos antecedentes y la facultad que tienen los Registradores de la propiedad para calificar las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras (art. 18 de la ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento), cabe fundadamente sostener que, ateniéndose á la escritura de mandato, el Registrador podrá calificar la capacidad del mandatario por cuyo conducto se haya verificado la aceptación, y si no estima bastante el poder por no conferir las facultades necesarias ó no otorgadas con la amplitud debida, suspender la inscripción, verificando entre tanto, si se solicitase, la oportuna anotación preventiva.

He aquí el caso de excepción por cuya virtud un funcionario competentemente autorizado puede oponer su veto mediante la calificación del poder. Mas téngase en cuenta que esta calificación solamente transciende á la inscripción propiamente tal, pero por ningún concepto á la validez ó invalidez de la aceptación, punto éste exclusivamente reservado á la jurisdicción y al fallo de los Tribunales ordinarios. Hasta tal extremo consideramos esto exacto, que si se solicitase nuestro dictamen sobre la eficacia jurídica de una aceptación verificada por mandato, si la inscripción en el Registro hubiese sido denegada por la insuficiencia del poder, no tendríamos reparo en sostener que, no obstante dicho defecto subsanable, la presunción de validez prevalecería mientras los Tribunales no descalificasen el expresado poder.

Aparte ya de estas cuestiones, entendemos por *poder general*

bastante aquel que confiere facultad para aceptar toda clase de donaciones, no la donación *A* ó la donación *B*. Asimismo estimamos preciso que en la escritura se haga expresa mención de la atribución que se confiere, aun cuando, claro está, que con el carácter de generalidad que es peculiar de la índole del mandato de que se trata. A ello nos inclina el art. 1.713, á cuyo tenor, «para transigir, enajenar, hipotecar ó *ejecutar cualquier acto de riguroso dominio,* se necesita mandato expreso».

***

Al comentar García Goyena con el laconismo y sobriedad característicos de su trabajo el art. 949 del proyecto de 1851, análogo en parte de su doctrina al 630 del Código vigente, hubo ya de recoger la cuestión suscitada por los juristas franceses referente á si debería concederse validez á la donación aceptada por su propia personalidad, por un menor de edad ó por una mujer casada. Citó García Goyena la opinión negativa de Dufour, la ambigua de Rogron y expresó la suya en el sentido de que sería atentatorio á la santidad y paz de los matrimonios y daría lugar á sospechas ofensivas el conceder esta prerrogativa á la mujer casada. En cambio, no existiendo estos temores respecto del menor, no encontró dificultad en reputar válida la aceptación que por sí mismo hubiese hecho.

Para mantener esta doctrina apoyóse García Goyena en la posible aplicación del art. 1.186 del proyecto, á cuyo tenor la persona capaz no puede pedir la nulidad del contrato fundándose en la incapacidad del otro contrayente, artículo cuyo eco exacto repercute en el segundo inciso del 1.302 del Código actual. Con muy poco que la atención se fije, descúbrese que García Goyena ni vislumbró, ni consiguientemente resolvió más que la mitad del problema, dejando la otra borrosa y dudosísima. Porque, en efecto, la imposibilidad legal de alegar nulidad una parte cuando conscientemente contrata con un incapaz—teoría que proviene del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos—es de aplicación rigurosísima cuando el otorgamiento y la aceptación de la donacion se celebran en el mismo acto y por un mismo instrumento, pero no puede constituir precedente ni tenerse en cuenta en un caso tan distinto cual el de

una donación aceptada por un incapacitado sin la representación debida, en acto y por instrumento diverso del de la otorgación.

No ya después del Código napoleónico; bajo el imperio del derecho antiguo y de las Ordenanzas de 1731, el mismo tema fué insistentemente controvertido, y mientras Furgole, Rousseau de la Combe y otros mantuvieron la negativa, rechazáronla Pothiers y Burjon. Lo mismo ha sucedido posteriormente al Código francés: prueba de ello es el número de autores que apoyan con sus pareceres las dos ramas en que se ha bifurcado respecto de este particular la casuística doctrina de la aceptación de las donaciones. Sostienen la nulidad absoluta de las aceptaciones hechas por los menores é incapacitados Maleville, Grenier, Merlin, Delvincourt, Proudhon, Dalloz, Zachariæ, Poujol, Troplong, Aubri et Rau, Duvergiés, etc. Defienden la nulidad relativa Toullier, Guilhou, Duranton, Valette, Demolombe, Saintespes, Lescot y algunos más. Las sentencias de los Tribunales han seguido los mismos rumbos, pronunciándose en ambas direcciones y secundando esta fluctuación de criterios.

Si investigamos por los dominios de nuestro derecho novísimo, observaremos que, por lo menos aparentemente, resurge la misma cuestión que tan discutida ha sido por los juristas de la Nación vecina. El art. 626 dispone que las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes. La forma negativa del precepto y su contextura, al parecer incompleta, inclinan á presumir un complemento afirmativo. Es así que los incapacitados para contratar no pueden aceptar donaciones onerosas, luego no va contra la lógica el deducir que podrán aceptar aquellas donaciones que por su condición de puras y simples no acusan prestación recíproca, mutualidad onerosa. Tanto más se robustece esta consecuencia si se medita en que si el propósito del legislador hubiese sido proscribir en absoluto la aceptación de cualquier clase de donación á los menores é incapacitados, no hubiera formulado precepto expreso para las onerosas; porque de la misma naturaleza de donaciones participan estas últimas como las llamadas puras y simples. Mas estas interpretaciones, por decirlo así, complementarias y derivadas al vez de una viciosa exposición, originan graves errores, como quiera que se adopta por punto de partida un supuesto raciocinio

del legislador. Esto es lo que ocurre con el art. 626. Su redacción no obedece, según nuestro juicio, á la necesidad de formular una excepción limitada á las donaciones onerosas ó condicionales, sino tan sólo al deseo de aclarar, incidiendo por ello y á pesar del propósito en palpable redundancia y entenebreciendo una cuestión de suyo fácil. Nosotros preguntamos: ¿Existe algún texto expreso que sancione la excepción al principio general de que los incapacitados, menores de edad, locos y dementes, sordo-mudos ineducados, pródigos, etc., no pueden prestar el consentimiento en los contratos? No ciertamente. Examínese artículo por artículo todo el título consagrado á las donaciones, y ese texto expreso, necesario para absorber por su carácter especial la generalidad del dogma fundamentalísimo que define la capacidad de consentir, no se encontrará. Rige, por tanto, el precepto general, con tanto mayor motivo cuanto que la donación no es, según queda demostrado, más que un contrato sujeto á las prescripciones legales de la materia contractual en cuanto no se halle determinado en el título respectivo. Así lo previene el art. 621.

La combinación de los elementos anteriores da, como precipitado jurídico, la nulidad; mas, claro está, esto ha de ser á virtud del reactivo de una acción ejercitada en forma. Aplicando ahora los principios que rigen en lo relativo á la nulidad de los contratos, síguese:

Primero. Que si el donatario incapacitado concurre con el donante al otorgamiento de la donación y consiente, sin que el donador oponga traba ni levante obstáculo alguno, respecto de la incapacidad, la donación quedará perfeccionada, porque, según el art. 1.302, aplicable al caso, las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron.

Segundo. Que si la donación hecha á un incapacitado se aceptase por acto é instrumento distinto del otorgamiento, mas sin la representación debida, y el donante recibiere la notificación á que alude el art. 633, sin protesta, de igual modo la donación quedará perfecta, por cuanto de la misma manera regirá el artículo 1.302. Así, en este segundo caso como en el anterior, aceptamos la doctrina de García Goyena, que no es sino la misma que el Código establece. Los juristas franceses que sustentan la teoría de la nulidad relativa proceden en sus argumentaciones por virtud de análogos raciocinios.

Tercero. Que lo mismo cabe aplicar respecto de la mujer casada, porque la nulidad que pudiera provenir de parte del donante, tascada queda por el freno del art. 1.302, y la que derívase del marido ó de los herederos de éste, por el no menos poderoso del interés individual, ó cuando no esto, por la indiferencia económica de un acto que, si no refluía en beneficio de aquéllos, tampoco les irrogaba perjuicios por la índole gratuíta de la donación. Otra cosa sería si la donación por su cualidad de onerosa arguyera obligaciones por parte de la mujer, porque entonces el acicate del perjuicio económico, padecido de rechazo, podría generar el ejercicio de la nulidad por los facultados para ello al tenor del artículo 65. Aquí sí ya disentimos de García Goyena, porque efectivamente digna es de la mayor estima la paz y santidad de los matrimonios, suprema razón que aquél alega, mas por muy razonable y decoroso que dicho argumento sea, no pasa de un apoyo moral sin la fuerza que, caso de haber prevalecido en el pensamiento del legislador, debiera haberle prestado éste. Además, las puertas de la nulidad quedan abiertas de par en par para el marido que siente lastimado su decoro por efecto de una donación hecha á su mujer y aceptada por ésta por su propia iniciativa.

Y es, en nuestro sentir, más jurídica esta solución que no la de proclamar la que pudiéramos llamar nulidad de derecho. Lo mismo en el caso del incapacitado que en el de la mujer casada. la nulidad es congénita de la aceptación verificada sin la asistencia de los representantes legítimos; lo que sucede es que por el hecho de tolerar el donador la prestación de un consentimiento ilícito en su esencia y en un contrato en que es parte, se inhabilita para reclamar la nulidad de lo que él mismo consintió, influyendo esto de rechazo, si no precisamente en la convalidación absoluta de la donación, sí en la subsistencia de la misma y en la producción de todos los efectos favorables al incapacitado.

***

Un último extremo. Cuando el art. 630 se refiere al *poder especial* ó al *poder general bastante,* ¿pretende significar escritura de mandato? O lo que es igual: ¿Requiérese poder otorgado ante Notario, lo mismo para la aceptación de una donación de bienes

muebles, que de cosas raíces? Respondemos: Por lo que atañe á bienes inmuebles, la escritura de mandato es inexcusable; el poder forma parte integrante del título escrito, y éste, según previene el art. 633, debe consistir en escritura pública para que sea válida la donación.

Por otra parte, el párrafo 5.° del art. 1.280 dispone que debe constar en documento público el poder que tenga por objeto un acto redactado, ó que deba redactarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero. Respecto de los bienes muebles, como quiera que la aceptación de éstos, aun cuando se verifique por acto separado de la donación, no es preciso que conste instrumentalmente, sino sólo por escrito, no vemos dificultad en que el mandato no se formule por escritura pública. Sin embargo, en previsión de futuras contingencias, vale más la seguridad que proporciona acaso un exceso de solemnidad, que las desconfianzas y temores anexos á lo rigorosamente estricto. En casos dudosos, es preferible pecar por carta de más, que de menos.

***

El art. 631 no requiere comentario. En rigor, ni artículo se hubiera necesitado, porque impuesta por la ley la notificación al donador de la aceptación del donatario, cuando ésta se verifique por acto é instrumento distinto del formalizado para el otorgamiento de la donación, es un corolario inexcusable el de que las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el art. 633. Bien mirado, la continuación de este último artículo hubiera sido el lugar propio para la exposición del 631.

Una sola duda nos sugiere el texto que estudiamos. ¿Alude á la representación legítima, es decir, á la impuesta por ministerio legal para suplir la incapacidad del sujeto, ó á la representación voluntaria significada por el mandato? ¿A quién impone el deber de procurar la notificación, al tutor y al marido, en sus respectivos casos, ó también al mandatario que por virtud de poder hubiere aceptado la donación? Aun cuando las palabras del artículo *en representación de otras que no puedan hacerlo por sí* acusan una representación forzosa, y ésta es la interpretación literal, cons

derando la notificación como un complemento necesario de la aceptación, no vemos inconveniente en extender la obligación á los mandatarios. Mas el artículo debió ser más claro, y ya que con extremada previsión concretó en un precepto especial un deber comprendido genéricamente en los anexos á toda representación legítima, debió asimismo condicionar el incumplimiento de la obligación decretada con la imposición de una responsabilidad concreta por los daños y perjuicios que pudieren sobrevenir.

ART. 632. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

Concordancias.—Análogo á los artículos 946 y 952 del proyecto de Código de 1851, é igual al 627 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 633. Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Concordancias.—Análogo á los artículos 946 y 947 del proyecto de Código de 1851 é igual á los 628 y 629 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. V, tit. II, ley 6.ª*—Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió...

Partida 3.ª, tit. XVIII, ley 67.—Donacion fazen los omes de las cosas que han, e la carta de tal donadio deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren e oyeren, como fulan da, e otorga por juro de heredad a fulan recibiente por si, e por sus herederos, tal casa que es en tal lugar, e ha tales linderos, e esta donacion le faze puramente sin ninguna condicion de su buena voluntad e sin ninguna premia, otorgandole que esta casa que le da que la puedan auer, e tener el, e sus herederos para siempre jamás: para fazer della, e en ella todo lo que quissieren: assi como de lo suyo mismo. E dagela con todas sus entradas, e con todas sus salidas, e con todas sus pertenencias quantas que y ha, e auer deuen de derecho e de fecho. E otorgo este que fizo el donadio poderio al otro, a quien lo dio de entrar la tenencia desta casa por si mismo, quando el quisiesse sin otorgamiento de juez, e de otro ome qualquier. E sobre todo esto prometio que esta donacion que le fizo que siempre la auria por firme, e que nunca yria contra ella en ninguna manera. E señaladamente que nunca la reuocaria diziendo que aquel a quien la fiziera que gela non agradesciera, e fuera desconosciente faziendo contra el alguna de aquellas cosas que dizen las leyes deste nuestro libro porque pueden ser reuocadas las donaciones: assi como se muestra en el titulo que fabla dellas. E otrosi prometio de ampararle esta casa que le dio de todo ome que gela quisiesse contrallar: e todas estas cosas, e cada vna dellas prometio este que fizo la donacion por si, e por sus herederos al otro a quien la fizo de las guardar, e de las cumplir e de nunca venir contra ninguna dellas sopena de cient maruedis. E si contra esto fiziesse que pechasse la pena, e que la donacion siempre fuesse estable e valedera: e demas que le pechasse todo el daño, e el menoscabo, e las costas que fiziesse por esta razon. E sobre todo renuncio, e quitose de toda ley, etc.: assi como sobredicho es en las otras cartas. E quando el que diesse la donacion pusiesse alguna condicion en ella, e retouiesse y algun derecho para si o sus herederos: estonze deue el escriuano ser auisado para fazer la carta en la manera que fuere dado el donadio.

NOTA. El precedente no concuerda con el texto del Código en

la integridad de la doctrina, pero descubre prácticas instrumentales muy dignas de ser tenidas en cuenta, alguna de las cuales confírmalas el artículo. Por eso hemos decidido su inserción.

Partida 5.ª, tít. IV, ley 9.ª—Emperador o Rey puede fazer donacion de lo que quisiere con carta o sin carta, e valdra. Esso mismo dezimos que pueden fazer los otros omes, quando quieren dar algo de lo suyo al Emperador o al Rey..... E aun dezimos que si algund ome quisiere fazer donacion, a alguna eglesia, o a logar religioso, o a hospital, que lo puede facer sin carta. Pero si quisiere dar a otro ome o a otro logar puedelo fazer sin carta fasta quinientos marauedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas non valdría. Fueras ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria del mayor judgador, de aquel logar, do fiziesse la donacion.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. XVI, ley 4.ª—1. Declaro, que de las escrituras é hipotecas, que se dicen de donaciones piadosas, debe tomarse precisamente la razón de ellas en el Oficio y Contaduría de hipotecas establecida en las cabezas del partido donde respectivamente se hallen sitas las alhajas gravadas; y que en él se satisfagan los derechos correspondientes, á costa de las mismas hipotecas y donaciones piadosas por no haber razón para lo contrario, ni deber tomarse ésta de valde.

2. Que quando no haya escrituras no tiene lugar el Registro y así en esta parte quedan sujetas estas cosas á la disposición del Derecho Comun; porque no tiene que ver con la pragmática de registro de hipotecas, que trata de escrituras y no de acciones, y el acreedor censualista tiene derecho á hacer compeler á su deudor del censo, para que le reconozca, oyéndose á éste; y hasta que se otorgue el reconocimiento por la escritura formal, no tiene lugar el registro.

Ley Hipotecaria.—Art. 2.° En los registros expresados en el artículo anterior, se inscribirán:

Primero. Los títulos traslativos de dominio de los de inmue-›les ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

Art. 3.° Para que puedan ser inscritos los títulos expresados ›n el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública ejecutoria ó documento auténtico, expedido por autori-

dad judicial ó por el Gobierno ó sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 632 Y 633. - La ley de Bases trazó la norma á la cual había de ajustarse la Comisión de Códigos al desarrollar la institución jurídica de las donaciones. Sin embargo, ni apuntó novedades, ni indicó cercenadura alguna de aquella antigua solemnidad judicial de la insinuación encaminada, como decía Febrero, á evitar que los individuos usasen pródigamente de su hacienda empobreciéndose, y á conseguir que las donaciones se hiciesen con deliberación y conocimiento, evitándose fraudes.

Lo único que la ley de Bases enunció fué lo siguiente: «La donación se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que »pueden dar y recibir por medio de ella, sus limitaciones, revo»caciones y reducciones, las formalidades con que deben ser »hechas y cuanto tienda á evitar los perjuicios que de las dona»ciones pudieran seguirse á los hijos del donante ó sus legítimos »acreedores, ó á los derechos de tercero.» Reduciendo esta base incolora y no indicativa de ninguna reforma, al común denominador de la base primera, el trabajo encomendado á la Comisión de Códigos no podía ser más expedito: ceñirse al antiguo derecho, complementarlo y comprenderlo en las lacónicas fórmulas del articulado. Pues con todo y ser tan sencilla la labor, acaso sea el Código patrio, de entre los Cuerpos legales modernos, el que, desentendiéndose de añejas ritualidades y confiriendo al elemento mobiliario todo el valor que desempeña en las relaciones de la vida económica actual, otorga mayores libertades á la facultad de transmitir *inter-vivos* por título gratuíto.

Instructiva y conveniente resultará una ojeada retrospectiva. Cuando menos, nuestros lectores podrán apreciar la evolución del artículo, mejor dicho, de la doctrina que le vivifica.

Remontando la investigación á la época visigoda, encontramos en la *ley 6.ª del tit. II, lib. V del Fuero Juzgo,* el primer elemento, el germen, por decirlo así, de las llamadas donaciones manuales, si propicias al estado social de aquella época por s sencillez, no menos aptas en nuestros días por la mayor preponderancia y preferencia de las cosas mobiliarias. *Las cosas,* dice l ley citada, *que son dadas luego de mano, en ninguna manera non la*

deve demandar aquel que las dió. Claro está que el texto transcrito no fué dictado en méritos á la posible omisión de solemnidades escriturarias en las donaciones *inter-vivos,* sino para consagrar el perfeccionamiento contractual producido por la tradición; pero esto no quita que precisamente en dicho principio resida el fundamento de las donaciones manuales. Por esto hemos afirmado que en la ley visigoda citada hállase como en germen el artículo que vamos á comentar. Influencias romanas, aportadas al remanecer el derecho del pueblo jurista por excelencia, introdujeron en nuestros Cuerpos legales la llamada insinuación del Magistrado. Limitada así la libre actividad dispositiva del donador en correlación con la cuantía de la cosa donada, surgió una como á manera de división, y si las donaciones excedían de la suma de quinientos maravedís de oro, eran requisitos formales inexcusables el de otorgar carta de donación y el de someterla á la insinuación del juzgador, y si no excedían de la antedicha suma, podíase prescindir así de uno como de otro requisito. *Mas si quisiesse fazer mayor donación de lo que es sobredicho en esta ley* (quinientos maravedís de oro) *lo que fuesse dado de más non valdria. Fueras ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria del mayor judgador de aquel logar do fiziesse la donación.*

La otorgación de carta pública dependía en el Derecho de Partidas, no de la condición mueble ó raíz de la cosa donada, sino de la cuantía de la donación, punto de vista que, como desde luego se percibe, difiere del adoptado hoy por los Códigos civiles.

Tal estado de cosas prevaleció largos siglos, mas ya cuando el Registro de hipotecas se constituyó, quedó la donación de bienes raíces sujeta á escritura, como acertadamente hace notar García Goyena; y en los precedentes legales insertamos una ley de la Novísima referente á donaciones piadosas en la que se impone obligatoriamente la inscripción en la antigua Contaduría.

Iniciada la codificación con el proyecto de 1851, los civilistas encargados de su formación encontráronse de un lado con que el Código napoleónico prescribía en el art. 931 que todos los actos de donación *inter vivos* debían formalizarse por ante Notario en la forma ordinaria de contratos; de otro con que los tratadistas los propios fallos del Tribunal de Casación francés eximían de cha solemnidad instrumental á las donaciones de bienes mue- es llamadas manuales, esto es, á las que se transmiten por tra-

dición, y en la necesidad de establecer una norma fija, recordaron sin duda el criterio de las Partidas, y procediendo también por división, pero restringiendo sus efectos á los bienes muebles, dictaron el art. 952, que dice así: «Las donaciones de bienes »muebles cuyo valor no llegue á cien duros, no están sujetas á »las formalidades prescritas en este capítulo, y surtirán su efecto »siempre que conste de cualquier modo, pero con certeza, el hecho »mismo de la donación, el de la aceptación ó tradición y la ca»pacidad del donador ó donatario. Esta disposición es aplicable »á los regalos autorizados por el uso, aunque su valor exceda de »dicha cantidad.»

Mas cuando las donaciones excediesen de cien duros, era otro artículo el llamado á regir según el proyecto, es á saber, el 946, y para tales casos se prevenía que la donación, para ser válida, había de formalizarse por escritura pública, expresándose en ella con individualidad los bienes donados, el valor de todos y cada uno de los muebles y las cargas y deudas que se impusiesen al donatario; especificación esta última cualitativa y cuantitativa transplantada del art. 948 del Código napoleónico.

Como es visto, el proyecto de 1851 adoptó una posición intermedia entre el elemento legislativo patrio y el aportado por el Código francés. Sometió á la formalidad instrumental de la carta pública á todas las donaciones de bienes raíces y á las de cosas muebles, siempre que su cuantía excediese de cien duros y no fuesen regalos de los autorizados por el uso, como, v. gr., los que con motivo de ciertas solemnidades se transmiten entre parientes, prometidos y amigos. Pero al mismo tiempo que con este proceder se apartaba por igual de la rigidez del Código napoleónico y de la laxitud y tolerancia del holandés, aceptaba del primero el requisito de la especificación cuantitativa y cualitativa de los bienes muebles donados, cuando por su importe hubiéranse de transmitir por escritura pública. García Goyena explica por qué la Comisión, tratando de rellenar la laguna dejada por el Código francés, aunque cegada ya por la jurisprudencia, y apartándose, asimismo, de la latitud del Código de Holanda, adoptó el término medio de limitar la cantidad á las quinientas pesetas relegando las inferiores de esta suma á la esfera común de tod las obligaciones. «Las de mayor valor—dice—necesitan de ma »yores precauciones; no bastará, por ejemplo, en ellas el instru

»mento privado como en las otras obligaciones; la ley mira »aquéllas con menor favor que á éstas, porque su tendencia es á »despojar las familias.» Y añade: «A falta de escritura, será completamente nula la donación, y no sólo en cuanto al exceso, como estaba dispuesto por Derecho romano y de Partidas, porque la forma esencial del acto es indivisible.»

Por virtud de esas evoluciones y mudanzas que el pensamiento del hombre experimenta, y de las que no se halla libre el de los legisladores, á medida que el proyecto de 1851 fuése quedando distanciado, efecto del transcurrir de los años, la tendencia de simplificación y libertad, en lo referente á las transmisiones gratuítas de bienes muebles, fué vindicando sus fueros, porque se llegó á comprender que si estas donaciones, como opina Goyena, se otorgan con la mira de despojar á la familia, no es, ciertamente, el medio de evitarlo la otorgación de una carta pública, por muy especificada que ésta sea, sino la limitación de la cuantía total de las donaciones mobiliarias á la cuota de que se pueda disponer libremente por testamento, cuando los otros bienes tienen ya su dirección marcada por la ley en el concepto legitimario.

Por esto, cuando el proyecto de 1882 vino al mundo jurídico, la distinción entre donaciones de más y menos de quinientas pesetas desapareció; y asimismo dejó de exigirse la otorgación instrumental, requiriendo únicamente, cuando la donación no se hiciere por entrega de presente de la cosa donada, la confección de un título escrito, aunque sin la presencia de notario y testigos. Otra novedad introdujo también el proyecto de 1882, novedad consistente en haber prescindido de la rigorosa determinación del objeto donado, por las circunstancias de especie y valor.

Del proyecto de 1882 al actual Código, nada ha variado la doctrina, como si su período evolutivo hubiese ya terminado. Así es que la libertad para otorgar donaciones de bienes muebles, ni se halla condicionada respecto de su validez por solemnidades instrumentales, ni se establecen distinciones por razón de la cuantía, ni hay, en suma, otra restricción que la muy comprensible, por cuanto evita desmembraciones, siempre onerosas, en el patrimonio familiar, decretada por el art. 636.

Mas como en otro lugar de estos comentarios hemos manifes-

tado, la donación por su carácter unilateral es susceptible de fraccionarse en su continencia, dividiéndose, digámoslo así, en dos segmentos, uno concerniente á la donación, propiamente dicha, y otro relativo al consentimiento del donatario, ó sea á la aceptación. Cuando esto suceda, lo mismo que en el caso de que la donación de la cosa mueble no se perfeccione por la entrega de presente, el Código patrio requiere un título escrito, aun cuando de índole puramente privada, toda vez que ni prescribe el otorgamiento de escritura pública, ni mucho menos la homologación por la autoridad judicial.

Existe en punto á las solemnidades de forma de las donaciones una verdadera gradación que, iniciándose en la sencillez rudimentaria de la tradición de presente, por cuya virtud se perfecciona el contrato, asciende hasta el otorgamiento de escritura pública con expresión individual de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. Y no se crea que semejante gradación es hija del capricho; por el contrario, dos de sus términos responden á un orden de principios que tiene su asiento fundamental en el Código.

Si la entrega de presente de una cosa mueble por el donador al donatario acusa una donación perfecta, sea cual fuere su cuantía, débese á que la facilidad traslaticia de las cosas muebles y la ausencia de rito jurídico con que en su transmisión se procede, ha creado en el derecho moderno una equivalencia legal capitalísima, que en algunas esferas jurídicas, cual la mercantil, llega hasta la *irreivindicatio*. Esta ecuación legal es la sancionada por el art. 464 del Código al declarar que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título.

Si cuando la entrega no se efectúe de presente, caso éste que abarca aquel otro en que el consentimiento se manifiesta por acto distinto de la otorgación—, el art. 632 requiere un título escrito, siquiera sea privado, es porque se presume con error que, faltando la equivalencia jurídica de la tradición, debe la donación someterse en punto al que podemos llamar título formal, al principio generalísimo consignado por el art. 1.280 (1). Y si por acaso

(1) Art. 1.280. Último párrafo.—También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno, ó de los dos contratantes, exceda de 1.500 pesetas.

arguyéramos que este artículo procede en orden á la cuantía de las prestaciones, según éstas excedan ó no de 1.500 pesetas, se nos respondería que, aparte de que en las donaciones se prescinde de la cuantía, nada más lógico, dada la tendencia del legislador á que las relaciones contractuales dejen tras de sí una huella escrita, verdadera estela indiciaria de su existencia, que someter las donaciones al mismo precepto, si bien prescindiendo de la diversidad cuantitativa.

Finalmente. Si cuando se trata de donaciones de bienes raíces ordena el Código, bajo conminación de nulidad, que se otorguen y acepten por escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, percíbese sin el menor esfuerzo que su objeto es, no sólo autenticar un acto de tanta transcendencia como la donación de bienes inmuebles, comunicándole la permanencia, solemnidad y efectos de los instrumentos públicos, sino colocarla, por virtud de un imperativo legal, en las condiciones requeridas por la ley Hipotecaria para su inscripción en el Registro público, salvando así la ineficacia jurídica respecto de tercero.

No se negará que el Código ha procedido con bastante corrección, inspirándose en un espíritu de amplia tolerancia, tanto que si se compara el art. 632 del Código español con los similares de otros Códigos extranjeros, resaltará con todo su relieve la veracidad del anterior aserto.

Conocido es el criterio estrecho del Código napoleónico, y asimismo el más tolerante de los tratadistas y de la jurisprudencia de los Tribunales franceses en punto á las donaciones manuales.

El Código italiano hubo de seguir la misma norma. Así se explica el art. 1.056, según el cual, «todos los actos de donación deben hacerse en documento público, bajo pena de nulidad»; y el 1.070, á cuyo tenor, «cualquiera donación de cosas muebles no es válida sino en cuanto á los especificados, con indicación de su valor en el acto mismo de la donación ó en una nota separada firmada por el donante, por el Notario y el donatario ó por quien acepte en su nombre, si interviniese en el acto». También la jurisprudencia italiana se ha encargado de templar el rigor del Código, siendo de notar una sentencia recogida por Chironi en sus *Questioni di Diritto civile,* y con motivo de cuya sentencia

censura la fase emprendida por los Tribunales italianos, fundándose para ello en que no responde ni al espíritu ni á la letra de la ley, que requiere así el documento público como la especificación de los bienes donados, y en que la jurisprudencia no tiene derecho á introducir semejantes novedades.

Si los Códigos francés é italiano representan el *summum* del formalismo, en cambio el sobrio y científico Código lusitano constituye el reverso y es el modelo de la sencillez. Basta decir que el art. 632 de nuestro Derecho civil codificado es un calco perfecto del 1.458 del Código portugués.

En los Cuerpos civiles de las Repúblicas americanas échase de ver una copiosa variedad. Chile, por ejemplo, no menciona para nada las donaciones de bienes muebles, derivándose empero por lo dispuesto en el art. 1.400, y argumentando á *contrario sensu*, que no es necesaria la escritura pública, aun cuando la insinuación ó la donación excediere de 2.000 pesos.

El Código de la República mejicana procede por distinción, aproximándose mucho á nuestro proyecto de 1851, por cuanto tolera las donaciones verbales de bienes muebles, siempre que la cuantía no exceda de 300 pesos, requiriendo cuando pase de dicha suma la escritura pública.

En el Código guatemalteco las donaciones manuales ó verbales pásanse en silencio, requiriéndose en todo caso escritura privada ó carta y escritura pública cuando el valor de lo donado traspasase la suma de 500 pesos.

He aquí, pues, una especie de boceto referente á lo legislado sobre las formalidades jurídicas de las donaciones de cosas muebles.

Bien puede asegurarse que los legisladores han recorrido toda la escala por sus tonos y semitonos, desde los más graves, cual los de los Códigos francés é italiano, hasta los más agudos (Código holandés), pasando por las armonías jurídicas de los Códigos español y lusitano.

***

Viniendo ahora, después de estudiar el artículo por los antecedentes legales y doctrinales á su desenvolvimiento práctico, conviene observar que, si bien por la tolerancia en que se inspira

es superior á sus similares de los Códigos francés é italiano, en cambio, por no haberse decidido á romper con el ritualismo, ha generado una forma completamente exótica, cual la de la promesa de donación de cosa mueble, cuasi solemnizada por documento privado. Extrañará á nuestros lectores que hablemos de promesa de donación cuasi solemnizada; mas ¿en qué se cifra un documento público ó privado por el que se haga donación de una cosa mueble si ésta se acepta, sino en el derecho del donatario de exigir *la entrega de la cosa mueble donada*? Porque hay que reconocer que el documento ha de preceder fatal é inexorablemente á la tradición de la cosa, ya que cuando ésta sea simultánea con la manifestación de la voluntad del donador y con el consentimiento del donatario, para nada se necesita la otorgación de escrito. De suerte que la donación respecto de las cosas muebles reside en *la entrega*, que condensa en un solo acto la expresión del deseo liberal ó de agradecimiento, la aceptación por el beneficiado y la tradición que corona y consuma la relación jurídica. Si bien se mira, si se analiza y depura el hecho de la donación de un bien mueble, descúbrese que la división que el Código formula en donaciones verbales y donaciones por escrito, tal como surgió en la mente del legislador, es profundamente errónea, porque lo que en rigor se vislumbra, dado el contenido del art. 632, es la donación manual pura y sin mancilla, aun cuando adicionada con una deformidad consistente en la promesa ó compromiso de esa misma donación manual, y elevada á ley, no milagrosamente, sino por obra de los ilustres varones que pusieron su saber y sus cuidados en la ordenación de la ley sustantiva por excelencia.

La división que el proyecto de Código de 1851 introdujo, atendiendo á la cuantía de la cosa donada, según ésta excediese ó no de 500 pesetas en donaciones verbales y por escrito, esa sí era una división racional, por cuanto se apoyaba sobre la necesidad del elemento escriturario, según ahora sucede con los bienes, sitios ó raíces; pero llamar donación por escrito lo que no pasa de la categoría de promesa ó compromiso, ó una relación de derecho imperfecto que puede resolverse y desaparecer, v. gr., por la destrucción de la cosa aún no tradida, parécenos equivocación manifiesta, impropia de constituir término de una división tan transcendente como la de que se trata.

Todavía, si el Código hubiese, v. gr., consentido bajo la sencillez de la forma verbal los regalos que con ocasión de determinadas solemnidades suelen hacerse los allegados, amigos y prometidos, y exigido como substancial para la validez de las demás donaciones de bienes muebles el otorgamiento de título escrito, siquiera fuese privado, no habría disonado ciertamente la división en donaciones verbales ó por escrito; pero no puede pasar sin censura la ausencia de reflexión que denota el texto que estamos comentando. Y para que no se nos acuse de precipitados en nuestra crítica, presentaremos un caso práctico derivado del mismo art. 632. *A* otorga un documento privado donando á *B* un vargueño artístico, un cuadro de mérito ó un mueble de valor, pero no realiza de presente la entrega. Á los diez ó doce días de la otorgación del aludido documento, *A* entrega el vargueño ó el cuadro. Demos por supuesto que *B*, por incuria ó por ignorancia, se limita á aceptar de palabra la donación, pero prescinde de aceptarla por escrito. Con sujeción estricta al art. 632, la donación no surtirá efecto; pero como quiera que dentro de este proceso jurídico se contiene íntegra y perfecta una donación manual lícita y válida á tenor del Código, bastará prescindir de los elementos escritos, constriñendo la donación al acto de la entrega de la cosa donada, para convertir la donación por escrito en donación verbal.

Se argüirá acaso que el argumento es extremadamente sutil, pero no podrá negarse que la realidad no ha de ofrecer otro resultado, y prescindir de la vida real, cuando del análisis de una ley se trata, es incidir en un doble error. Ahora bien: ¿Podría tener lugar esta conversión de no contenerse dentro de la que el Código denomina donación por escrito, una donación manual perfecta? No ciertamente. Por otra parte: ¿Toda división no arguye una diferencia substancial y de fondo entre cada uno de sus términos? ¿Dónde reside ese elemento cardinal en la división á que se contrae el art. 632 en su primer párrafo?

Y no se nos arguya que el título escrito responde á la necesidad de que el acto de la donación deje tras de sí una huella perceptible para derivar en su caso cualquiera acción pertinente que se ejercite ante los Tribunales; porque aparte de que este argumento de la necesidad, va por rumbos distintos de aquellos por los que se encamina la cuestión, no demuestra que la que el

Código califica de donación escrita sea otra cosa que una simple promesa ó compromiso.

No cabe equiparar el hecho jurídico de una donación y el de un contrato cualquiera, del cual se deriven derechos y obligaciones recíprocas, porque si el art. 1.280 exige que se hagan constar por escrito, aunque sea privado, todos los contratos (exceptuando, claro está, aquellos que por su índole requieren la escritura pública) en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, salta á la vista que alude á los contratos bilaterales, y más especialmente á los que implican, con posterioridad á su perfeccionamiento legal, el posible ejercicio de acciones: v. gr., el mutuo, el arrendamiento, la misma compraventa. La mayor prueba de que á los legisladores españoles no se les ha pasado por alto diferencia tan sensible, nos la presta el mismo texto que comentamos. Si su subordinación al art. 1.280 fuera un hecho, para proceder con la correlación pertinente, ¿no debiera haber exigido el Código título escrito en todas aquellas donaciones cuya cuantía excediere de 1.500 pesetas? Y sin embargo, procede en sentido contrario, toda vez que en el mero hecho de consagrar en absoluto la donación manual, concede patente limpia á todas las transmisiones por título gratuíto, cualquiera que sea su entidad, siempre que concurra la que impropiamente califica de simultaneidad de la entregal Aquí, como en otros tantos casos que hemos señalado, se nota la influencia de ese espíritu ecléctico, que después de haber obligado al legislador á tintar el cuadro de las donaciones con los tonos grises de todo lo vago é indeciso, le ha conducido á una clasificación errónea en su fondo, y á preconizar formalidades que por su propia inarmonía con la realidad de la vida jurídica, lejos de proyectar rayos luminosos, acaso genere en pensamientos esquivos por el despecho ó el desagradecimiento, el deseo de anular las donaciones con pleitos basados sobre la omisión de determinados requisitos.

*
* *

Queda hecha la crítica de la división que de las donaciones ormula el art. 632, pero aceptando por la fuerza de la ley y el igor de la exégesis las llamadas donaciones por escrito, esclarezcamos algunos particulares, un tanto ambiguos, del segundo

párrafo del aludido artículo. Dice éste que cuando faltare la entrega simultánea de la cosa donada, no surtirá efecto la donación si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación. Desde luego puede descartarse, porque en rigor no ofrece la menor sospecha el tema concerniente á si el artículo alude á la escritura pública ó al documento privado. Manifiesto es que se refiere á este último, y lo evidencia tanto más el art. 633, donde se menciona la escritura pública como requisito de esencia para la validez de las donaciones de bienes raíces. Si el legislador hubiera querido aplicar una misma regla, no habría procedido por distinción, dejando entrever su pensamiento, no sólo por el texto mismo de los artículos, sino por la consecuencia que se deduce espontáneamente del parangón de los mismos.

Tiene el instrumento público en su apoyo, y contribuye á su más eficaz recomendación, la circunstancia de que la escritura matriz adquiere permanencia por su inclusión en el libro protocolo del Notario. En caso de duda, allí está ese testigo mudo para disiparla. Contra la mala fe de uno de los estipulantes y hasta contra su insano deseo de borrar todo rastro del contrato ó de tergiversar éste, conspira siempre el protocolo con su escritura fundamental. En cambio, á ninguna de estas condiciones de garantía responde el documento privado. Si el donatario lo extraviase, si el donador por malas artes se procurase el documento y lo destruyese, si, otorgada la aceptación por documento distinto del de la donación, el donante lo hiciera desaparecer, ante cualquiera de estas posibles contingencias, desvanecida la prueba documental, otros rastros, otras derivaciones, otros medios demostrativos, tendrán que venir para patentizar que la donación existió con los requisitos exigidos por el Código, si algún interesado hiciere precisa esta prueba reclamando ante los Tribunales la inexistencia ó la invalidez de la donación.

Mas la previsión puede inutilizar las asechanzas de la mala fe, así como las consecuencias del descuido, y en seguimiento de esta idea recomendamos el cumplimiento de las reglas que á continuación se insertan:

Primera. El documento privado por el que se formaliza u donación de bienes muebles no entregados de presente, debe p sar á poder del donatario, á quien, como título de la donaci le pertenece.

Segunda. La aceptación debe formularse en términos expresos, bien se haga en el mismo documento de la donacion ó por otro distinto.

Tercera. Cuando se verifique la aceptación por documento privado distinto del de la donación, deberá en este último caso notificarse al donante, insertándose en ambos documentos nota expresiva de dicha diligencia, firmada por el donador y el donatario. Si bien el Código no menciona este requisito, de cuya omisión pudiera deducirse su no necesidad, no vemos razón suficiente para prescindir de esta formalidad en las donaciones llamadas escritas por el Código, cuando la única diferencia que las separa de las de bienes raíces reside en la intervención notarial, y por otra parte, la notificación al donador no atañe á la publicidad y fijeza del título, sino á la necesidad de que el donante conozca la aceptación del donatario para que el contrato se perfeccione.

Por el examen de los antecedentes doctrinales y legales con cuya exposición hemos comenzado el comentario, habrán notado nuestros lectores que el Código patrio, separándose del precedente sentado por algunos legisladores civiles extranjeros, no exige que la cosa mueble donada se especifique cualitativa y cuantitativamente, ó, como dice el art. 1.070 del Código italiano, tomándolo de su similar el Código napoleónico: «La donación de cosas muebles no es válida sino en cuanto á los especificados con indicación de su valor en el acto mismo de la donación ó en una nota separada firmada por el donante, Notario y por el donatario ó por quien acepte en su nombre si interviniere en el acto.»

¿Significa esta omisión deliberada, que en las donaciones de bienes muebles puede prescindirse de la determinación de la cosa donada por su especie y valor? En nuestro sentir, si es verdad que el legislador patrio ha prescindido de estampar un precepto análogo al del art. 1.070 del Código de Italia, no ha proscrito la doctrina que en él se contiene; pero como quiera que virtualmente hállase condensada en otros preceptos del Código, y además, emana, por decirlo así, de la propia substancia y condición de las donaciones de cosas muebles, sin duda alguna, la Comisión de Códigos estimó oportuna la omisión y tal como lo pensó y hizo. Bien mirado, si la donación es de dinero, preciso es decir la suma que se dona, y en este caso ya queda la donación determinada por su especie y cantidad. Si la donación se contrae á

un objeto mueble, de igual manera hay que expresar cuál es dicho objeto, ó, por lo menos, su calidad, si existiesen varios de la misma especie. Precisar el valor en un caso de indeterminación singular, podría servir como guía para distinguir el objeto; pero á pesar de esto, no conceptuamos necesario esta singularización cuantitativa, bastando, como antes hemos dicho, con manifestar la cosa mueble que se dona.

Para sostener esta tesis, ó sea la necesidad de la determinación, concurren razones de analogía de indudable pertinencia. En toda transmisión de cosas á título singular, sea ésta onerosa, sea lucrativa, se impone por modo necesario la determinación del objeto transmitido. Exígelo así precisamente el que la transmisión hállase condicionada, no por la universalidad de un patrimonio, sino por la singularidad é individualización del objeto ú objetos que se transmiten, y que, en su consecuencia, se segregan del patrimonio total. ¿Es factible una resta sin que el sustraendo hállese perfectamente determinado? Y no se crea que esta idea tan perceptible y llana no ha descendido del terreno de los principios. Si repasamos el Código por el título que dedica á desenvolver el medio jurídico más general de transmisión singular, ó sea la compra-venta, encontraremos el art. 1.445, á cuyo tenor, por el contrato de compra y venta, uno de los contratantes se obliga á entregar *una cosa determinada*, y el otro á pagar por ella un precio cierto en dinero ó signo que lo represente. Luego es esencial de la compra-venta la determinación de la cosa que se transmite, y no siendo la donación sino un modo jurídico de adquirir, y, por tanto, de transmitir, ¿deberá regir principio distinto, que sólo por su inarmonía con la esencia de toda transmisión singular mereciera ser rechazado?

He aquí la confirmación de la idea antes apuntada.

***

Al pensamiento acabado de exponer responde el artículo subsiguiente 633.

Para que la donación de bienes raíces sea válida debe hacerse por escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. Disposición preceptiva esta última que hace depender

la validez de la donación de bienes inmuebles del otorgamiento de instrumento público, ni admite excepciones ni requiere otro comento que el que se deriva de su sencilla contextura. Tampoco requiere explicaciones el precepto relativo á que los bienes objeto de la donación se expresen individualmente. Después de todo, como quiera que se trata de la redacción de un instrumento público sujeto á Registro, bastará atenerse á la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, según cuyo art. 9.° el Notario procurará que en las escrituras no se omita ni exprese con inexactitud que dé lugar á error y en perjuicio de tercero cualquiera de las circunstancias siguientes: La naturaleza, la situación, los linderos, el nombre y número, si existiesen, de la finca que deba ser inscrita, ó á la cual afecte el derecho que se haya de inscribir, y la *medida superficial* en las rústicas y en las urbanas, siempre que constare de los documentos presentados ó manifestaren las partes. Otro medio de individualización de una finca rústica ó urbana es aquel á que se refiere el núm. 2.° del mismo art. 9.° de la Instrucción antes citada, ó sea la naturaleza, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie de derecho que se inscriba, y su valor, si constare del título ó las partes lo manifestaren.

Correspóndense estos dos números del art. 9.° de la Instrucción con el art. 9.° de la ley Hipotecaria referente á las circunstancias que deberá expresar toda inscripción que se haga en el Registro. Ciñéndose, por tanto, á lo que previenen los artículos 9.° de la ley Hipotecaria é Instrucción sobre el modo de redactar los instrumentos públicos sujetos á Registro, quedará cumplido el art. 633 que comentamos, en punto á la determinación individual de los bienes donados.

Basta designar el bien que se dona y determinarlo por las circunstancias totales de naturaleza, situación, lindes, medida, nombre y número, aun cuando la donación se hiciere á varias personas conjuntamente, porque para cuando este caso ocurra previene el art. 637 que se entenderá hecha la donación por partes iguales. Indiscutible es que si el donador quisiere donar á cada donatario una parte determinada de la cosa inmueble, deberá especificarla por las circunstancias de extensión, nuevos linderos, etc., ó, por lo menos, dejar sentadas las bases para practicar la división entre los donatarios copartícipes. Otro de los requisitos que, según hemos visto, debe constar en la escritura

de donación de bienes raíces, es el concerniente al valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. Conviene á este propósito conocer una resolución dictada por la Dirección general de los Registros en 3 de Diciembre de 1892 (*Gaceta* de 16 de Febrero de 1893), y de la cual hacemos un breve extracto atendida la importancia que reviste para la recta inteligencia é interpretación del artículo que comentamos.

Por una escritura pública autorizada en Liria el 10 de Febrero de 1890, á la que concurrieron donador y donatario, aquél, *A*, donó á éste, *B*, dos fincas y un crédito, bajo las condiciones de que el donatario vendría obligado á suministrar alimentos al donante; le costearía un funeral modesto ocurrido que fuese su fallecimiento; pagaría todas las contribuciones que á las fincas donadas se le repartiesen, y haría en ellas los gastos necesarios para su conservación.

Presentado este documento en el Registro de la propiedad de Liria, no fué admitida su inscripción por adolecer del defecto insubsanable de no expresar el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, como previene el art. 633 del Código civil.

Tomando como base el contrato, la discusión hubo de girar sobre la extensión del concepto significado por la palabra *cargas*.

Adujo el Notario autorizante que cuando se habla de cargas en sentido estricto ó jurídico se hace referencia á las que recaen en la cosa, porque las que afectan á la persona se llaman obligaciones; que tratándose de documentos inscribibles, las cargas se consideran siempre reales; que si el Código civil, al hablar de donaciones, hubiera dado á la palabra cargas el valor que el Registrador le atribuye, hubiera preceptuado en el art. 632 para las donaciones de bienes muebles el otorgamiento de escritura y la expresión del valor de las cargas, porque donde hay la misma razón debe aplicarse el mismo derecho, y, por último, que si á los efectos del art. 633 del Código se entendiera por cargas las obligaciones personales que contrae el donatario en casos como el actual y en otros análogos, en que la extinción de tales obligaciones depende de acontecimientos inciertos, sería imposible fijar su valor.

Replicó el Registrador que la palabra carga en sentido gramatical lo mismo abarca las cargas reales que las obligaciones personales, acepción en un todo conforme con la que se da

dicho vocablo en el tecnicismo jurídico; que el art. 633 del Código, al hablar de cargas, no distingue entre las obligaciones personales del donatario y los gravámenes reales, y en tal supuesto no cabe dudar que obligaciones como la que se imponen en la escritura de donación al donatario, merman la utilidad de éste, le exigen estipendio, y son, en suma, para él verdaderas cargas; que no es pertinente al caso la razón de que, tratándose de inmuebles, las cargas se estiman siempre reales, pues en la nota lo único que se sostiene es que la donación de que tratamos es nula, y por ende no inscribible por no contener la expresión del valor de las cargas; que no hay que extrañar que en las donaciones de bienes muebles se exijan diferentes requisitos que en las de inmuebles, por ser notorio que al legislador ha merecido siempre especialísima consideración la propiedad territorial, y no la ha sujetado á las mismas reglas establecidas para la mueble; y que todo es susceptible de valoración, hasta lo más eventual y desconocido; pero aunque así no fuera, si lo que el recurrente afirma ocurriera en donaciones de inmuebles, el precepto legal no por eso podría quedar incumplido, y la donación sería nula, teniendo que resignarse los interesados á no ver satisfechos sus deseos.

Resolviendo la Dirección general, revocó la providencia del Registrador y declaró inscribible el documento objeto del recurso, fundándose en los siguientes considerandos ó puntos doctrinales:

Primero. Que la cuestión debatida en este recurso gira sobre la verdadera acepción de la palabra *cargas* que emplea el art. 633 del Código civil, estimando el Registrador que bajo tal denominación ha comprendido el legislador lo propio los derechos reales que afectan á los inmuebles donados, que las obligaciones personales impuestas al donatario, y entendiendo el Notario recurrente que sólo aquellos derechos ó gravámenes que son de naturaleza real, vienen sujetos á la prescripción del indicado texto legal.

Segundo. Que si bien el vocablo *carga* tiene en el tecnicismo jurídico y en el lenguaje corriente una amplia y general acepción que abarca por igual al derecho real que á la obligación personal, es muy dudoso haya sido empleada tal palabra en el art. 633 del Código en ese lato sentido, pareciendo, por el contrario, lo más natural y lógico, ya que el artículo se contraía á los bienes

inmuebles, que sólo á los derechos que pueden afectarles, esto es, á las cargas reales, hiciera alusión el legislador.

Tercero. Que confirma esta interpretación la circunstancia de que en el art. 946 del proyecto de Código de 1851, que en cuestiones dudosas nacidas de los preceptos del que nos rige es un antecedente digno de consulta, dada la base 1.ª del art. 8.º de la ley de 11 de Mayo de 1888, se establecía como condición precisa para la validez de las donaciones en general la de que se expresaran las cargas y deudas impuestas al donatario; de donde se infiere que aquel proyecto usaba la palabra *cargas* en su sentido estricto y en contraposición á la de *deudas,* lo cual autoriza á concluir que al pasar el mencionado artículo, si bien modificado, á formar el art. 633 del Código vigente, ha conservado aquel vocablo su acepción libre y estricta.

Cuarto. Que la reforma hecha en el art. 946 del citado proyecto de 1851 por el art. 633 del Código actual, corrobora la doctrina que se viene estableciendo, desde el momento en que la supresión de la palabra deudas que en este último se advierte obedece, sin duda, á un pensamiento preconcebido, cual es el de no exigir para la validez de la donación de cosa inmueble que conste en la escritura el valor de las deudas ú obligaciones personales del donante que deba satisfacer al donatario.

Quinto. Que por ser de interpretación restrictiva los preceptos legales que sancionan con nulidad ciertas infracciones, es conforme á los cánones de una buena hermenéutica tomar, en el caso de que se trata, á una palabra susceptible de dos sentidos, en el que, siendo menos amplio, encierra en límites más estrechos la esfera de acción de tal nulidad.

Sexto. Que así resuelta la cuestión debatida en este recurso, queda tan sólo por averiguar si las condiciones impuestas por el donante implican verdaderas cargas reales ó son meras obligaciones personales.

Séptimo. Que dos de las condiciones estipuladas en la escritura de donación, á saber: las relativas á la obligación de alimentos y al pago de funeral, no son cargas que afecten á los bienes donados como impuestas específicamente sobre los mismos y con los requisitos indispensables para que puedan reputarse tales cargas reales, que, en su caso, pudieran hacerse efectivas ejercitando acciones de la misma naturaleza; sino que, po

el contrario, de los mismos términos de la escritura se desprende que se constituyeron como obligaciones personales, para cuyo cumplimiento nacen del propio contrato acciones de igual índole; no teniendo, por lo tanto, aplicación al caso el art. 633 del Código civil.

Octavo. Que la condición que se refiere al pago de las contribuciones, si bien es una obligación garantida con hipoteca legal en favor del Estado, que afecta á los bienes sujetos al impuesto y por las cuotas que se les impongan con el alcance que les reconoce la ley hipotecaria, tiene siempre virtud y eficacia, aunque el importe de dichas cuotas no sea conocido al hacer las estipulaciones, lo cual demuestra claramente que no es tampoco aplicable á este caso el citado art. 633 del Código.

He aquí la interpretación que mantiene la Dirección general de los Registros respecto de la palabra cargas.

Aun cuando la profundidad de que suele hacer gala la expresada Dirección en sus resoluciones es ya cosa punto menos que proverbial, y si sus acuerdos no constituyen un antecedente doctrinal con la fuerza de las sentencias dictadas en casación, son por lo menos un dato cuasi doctrinal, confesamos, con la independencia de criterio que nos caracteriza, que por esta vez la Dirección de los Registros no nos ha convencido, y que la resolución de 3 de Diciembre de 1892, si procedente con respecto al caso específico que resuelve, es muy dudosa y muy problemática si la consideramos desde un punto de vista generalizador y aplicable como regla única para la interpretación exacta del vocablo cargas.

Según nuestro criterio, la palabra *cargas* no ha sido empleada por el Código en un sentido restrictivo equivalente á gravamen de naturaleza real, sino en un concepto amplio y comprensivo lo mismo de las cargas propiamente reales, que de aquellas otras obligaciones personales que puedan determinarse cuantitativamente con exactitud y que por su propia cualidad onerosa impliquen una disminución de la cantidad ó de la suma que represente la cosa donada.

Analizado el caso objeto de la resolución, compréndese que no fuera obstáculo para su inscripción el hecho de no haberse determinado el importe de las obligaciones impuestas al donatario, mas si bien se observa, y esto lo decimos salvando siempre

el juicio ajeno, para nosotros merecedor de todo respeto, el por qué reside, no en la cualidad personal de las obligaciones convenidas, sino en la imposibilidad de reducirlas de antemano á un número exacto é inalterable.

El contrato sobre el que hubo de recaer la resolución que estamos estudiando, tiene, en nuestro sentir, infinitamente más puntos de contacto con la renta vitalicia que con la donación, sin que importe al caso que los contratantes y el Notario le calificasen erróneamente, porque harto sabido es que los contratos se filian, no por el nombre, sino por la substancia y contextura de sus pactos ó estipulaciones fundamentales.

En el contrato mal llamado de donación á que nos referimos predominaba el elemento aleatorio, como quiera que en correlación con la transmisión de inmuebles, se pactaba el deber de suministrar alimentos al donador por toda la vida de éste. Y como los alimentos perduran lo que las necesidades del alimentista, y en este caso toda su vida, de aquí que fuera imposible delimitar la extensión de la carga, ya que dependiendo de un término incierto, lo mismo podría ser como mil que como mil y quinientos. Casos como el que estamos discutiendo no deben servir de norma para esclarecer dogmáticamente un punto obscuro del derecho legislado, porque pugna con lo singular y específico del hecho, y aun con su indefinición y vaguedad respecto de la especie de contrato de que se trata, lo general y lo absoluto del principio que se sienta. Según nuestro parecer, la Dirección procedió muy justamente ordenando la inscripción del contrato, no obstante la indeterminación del valor de las cargas; pero no acertó con los motivos, y equivocando el camino en sus comienzos, y sintiendo la intuición de la verdad jurídica que se imponía avasalladoramente, buscó la solución que á su conciencia representábase legítima, por los senderos un tanto sinuosos de una hermenéutica demasiado convencional para que no diese por resultado, como con efecto ha sucedido, una interpretación forzada.

La mente del legislador es el punto obscuro donde comentaristas é intérpretes tropiezan, porque revelándose la intenci por los hechos, á ellos hay que atenerse para despejar esas tenebrosidades del pensamiento velado por lo defectuoso de la expresión, cuando no por el silencio de la inadvertencia ó del descuid

La Dirección de los Registros en su acuerdo del 3 de Diciembre de 1892 trató de descifrar ese punto obscuro al que antes nos hemos referido, y valiéndose de los antecedentes históricos de la Codificación en España, ó sea del proyecto de 1851, dedujo que si el art. 946 del dicho proyecto hablaba de *deudas* y *cargas* en su sentido estricto, y el art. 633 del Código actual, sólo se refiere á las *cargas*, es porque aquel vocablo ha conservado acepción limitada y estricta, obedeciendo sin duda á un propósito preconcebido, cual el de no exigir para la validez de la donación de cosa inmueble que conste en la escritura el valor de las deudas ú obligaciones personales del donante que deba satisfacer el donatario. A mayor abundamiento, y como remate del discurso, afirma la Dirección que, por ser de interpretación restrictiva los preceptos legales que sancionan con nulidad ciertas infracciones, es conforme á los cánones de una buena hermenéutica tomar una palabra susceptible de dos sentidos en el que, siendo menos amplio, encierra en límites más estrechos la esfera de acción de tal nulidad.

Ambos argumentos, así el deducido de los antecedentes históricos como el aportado por la tendencia restrictiva de todos los preceptos que imponen nulidad, mandan seguramente mucha fuerza, siquiera el segundo revista cierto carácter relativo, mejor dicho, supletorio, por lo mismo que no cabe su empleo sino cuando la duda acerca del sentido de un concepto ó de una palabra es legítima, ó lo que es lo mismo, cuando la obscuridad del precepto justifica la incertidumbre.

Ante todo, declaramos que no descubrimos por qué misteriosos arcaduces se ha llegado á la deducción de que la palabra *cargas* conserva en el Código actual la misma acepción específica y limitada que tenía en el proyecto de 1851. Porque el hecho de que en el Código vigente se haya suprimido la palabra *deudas* lo mismo puede acusar intención preconcebida de no exigir para la validez de la donación de cosa raíz que en la escritura conste el valor de las obligaciones personales del donante que deba satisfacer el donatario, como propósito manifiesto de refundir, para evitar redundancias, en un solo vocablo las dos acepciones de que es susceptible. Y tanto más justificada se revela esta intención, teniendo en cuenta que, según reconoce el expresado Centro directivo en el segundo considerando de su resolución, la

palabra *carga* tiene en el tecnicismo jurídico y en el lenguaje corriente una amplia y general acepción que abarca por igual al derecho real que á la obligación personal. Sin llegar todavía al fondo del problema, existen dos consideraciones ó argumentos de fuerza en apoyo de nuestra tesis. Ambas se encaminan á descifrar esa incógnita, esa nebulosa de la mente del legislador, por sus propios actos. Es sabido que el proyecto de 1851, antecedente primero para la interpretación del Código civil que nos rige, usó, en el art. 946 (1) de ambos vocablos *cargas y bienes*. ¿Qué denota esto? Que deseando el legislador de aquella época comunicarle un carácter específico al concepto significado por la palabra *cargas*, constriñéndolo á la expresión de aquellas afecciones de naturaleza real, afanoso de corrección y claridad, y temeroso de que se suscitasen dudas sobre la inteligencia del vocablo, lo cualificó, digámoslo así, limitando su acepción amplia por el hecho de colocar al lado la palabra muebles.

Es decir, que para que la acepción amplia y genérica no resultara, fué preciso limitarla de un modo expreso. Al borrar el legislador de 1889 la voz *muebles*, ¿no debe presumirse que la palabra *cargas* ha reconquistado su significado genérico y comprensivo así de las afecciones reales como de las personales? De otro lado, si el espíritu del Código hubiese sido el que señala la resolución de que nos estamos ocupando, hubiérase traslucido con tonos más vivos por la redacción del artículo, y seguramente éste hubiera sido redactado en la siguiente forma: «Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que los afecten, ó que pesen sobre los mismos.» Por el contrario, el art. 633, lejos de contraer el concepto cargas en el sentido indicado, refiérese al *valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*, y esta redacción acusa á simple vista una intervención individual personalísima del donatario, que autoriza á sostener, á lo menos en nuestro sentir,

---

(1) *Proyecto de Código civil de 1851, art. 946.* — Para ser vá das las donaciones han de estar hechas en escritura pública, expr sándose en ellas con individualidad los bienes donados, el valor d todos y cada uno de los muebles y las cargas y deudas que se im ponen al donatario.

que el art. 633 alude así á los derechos que gravitan sobre los bienes raíces, como á las deudas y obligaciones personales que se impongan al donatario, siempre que por su naturaleza puedan determinarse con exactitud. Y esto siempre habrá de suceder así, porque si las obligaciones impuestas al donatario fuesen indeterminables por gravitar constantemente sobre su persona, mientras no las resuelva un acontecimiento futuro é incierto, en cuanto al tiempo, entonces, dado el elemento aleatorio que en el contrato intervendría, no podría ser filiado de donación, porque ésta, por su condición gratuíta, repele todo elemento de riesgo ó ganancia, ya que éstos presuponen fatalmente mutualidad en las prestaciones.

Pero no son los antedichos los motivos fundamentales que nos han movido á separarnos del ilustrado criterio de la Dirección general de los Registros, suscribiendo, por decirlo así, voto particular. El argumento de mayor peso lo derivamos del concepto que el Código mantiene de la donación. El factor más característico del contrato á cuyo comentario se consagra el presente tomo, es el de ser por su esencia gratuíto. Así se explica que el art. 619, después de calificar de donación la que se hace á una persona por méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, agrupe bajo el mismo concepto jurídico aquellas otras transmisiones en las que se imponga al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Sólo hay, según se desprende, donación en cuanto la cosa transmitida exceda en valor á los gravámenes impuestos.

Ahora bien: ¿Puede caber alguna duda respecto del concepto del vocablo gravamen? ¿No cobija su amplísimo concepto, así la carga propiamente real como la obligación meramente personal? En nuestro sentir, esto es indiscutible. Porque lo propio cercena y rebaja el valor de lo donado una carga censal que la obligación de pagar una deuda cuantiosa del donador, ó el deber, v. gr., de entregar á determinada persona y por cierto tiempo una suma fija de dinero. Y si la aspiración del legislador, lo mismo en el proyecto de 1851 que en el Código vigente, fué, y sigue siendo, la de depurar la donación propiamente dicha, ó, lo que es igual, determinarla cuantitativamente, poniendo de un lado el *cargo,* es á saber, la suma transmitida y de otro la *data,* sea el valor de los gravámenes, para deducir el tanto á que la

donación ascienda, dígase con toda sinceridad, ¿no conspira contra este tan noble y justificado anhelo la interpretación que restringe el significado de la palabra *cargas* á las que pesan sobre un inmueble? Si además esta determinación cuantitativa conduce á la prueba de la justeza ó inoficiosidad de una donación, ¿cómo podrá apreciarse si la donación es justa ó excesiva, si se principia por prescindir de la fijación del valor de los gravámenes y aun se consagra esta infracción legal con el reconocimiento de la validez? Y no se arguya que de aceptarse la acepción genérica de la palabra *carga,* el mismo motivo existe para aplicar la regla á las donaciones de bienes muebles, porque, según hemos ya demostrado, y descartando las donaciones manuales, que sin necesidad de título alguno documental se perfeccionan y consuman por la tradición, el legislador, al ocuparse de las donaciones por escrito de bienes muebles, ha padecido evidentemente un olvido al no hacer extensiva á dichas transmisiones gratuítas la disposición del segundo párrafo del art. 633.

De suerte que, resumiendo nuestra opinión y comenzando por poner sobre nuestra cabeza el siempre autorizado dictamen de la Dirección de los Registros, disentimos en esta ocasión de su criterio, fundando nuestro disentimiento, á la manera de voto particular, en los siguientes motivos:

Primero. Considerando que si bien es cierto que por referirse el art. 633 á las donaciones que recaen sobre bienes inmuebles, parece lo natural que solamente aluda con la palabra *cargas* á los derechos de naturaleza real, no lo es menos que por encima de esta deducción interpretativa debe prevalecer el criterio manifiestamente revelado por el legislador respecto de la determinación cuantitativa de la donación para poder apreciar en su verdadero valor el elemento oneroso y el elemento gratuíto que propiamente la cualifica y constituye.

Segundo. Considerando que esta idea de la determinación cuantitativa despréndese sin el menor esfuerzo del art. 619, al expresar que es también donación aquella en la que se impone al donatario *un gravamen inferior* al valor de lo donado, y es llano que si la determinación del valor de las afecciones reales se e camina á este propósito, no hay razón ninguna para segreg las obligaciones personales que se impongan por el donador donatario, por lo mismo que tanto unas como otras hállan:

comprendidas dentro del concepto *gravamen* empleado por el artículo citado 619, y así también las primeras como las segundas producen el efecto de reducir la cuantía de la donación, aminorando el elemento gratuito, característico y substancial de la misma.

Tercero. Considerando que tanto más se afirma este convencimiento cuanto que de interpretar la palabra *cargas* en un sentido restricto y limitado á las afecciones de naturaleza real, y de no exigir en su consecuencia que en la escritura de donación se especifique el valor de las obligaciones personales impuestas por el donador al donatario, quedaría frustrado el deseo de la ley y se imposibilitaría, ó cuando menos se entorpecería, la apreciación judicial respecto de la justeza ó inoficiosidad de la donación, pudiendo originarse cuestiones de reducción, en las que la mala fe, prevaliéndose de la falta de prueba escrituraria, acaso jugaría el principal papel.

Cuarto. Considerando que la misma idea, en la que sin duda alguna se ha inspirado el legislador de 1889, fué también la que guió el pensamiento de los juristas autores del proyecto de 1851, como lo revela el art. 946 del aludido proyecto al especificar con mayor claridad, aun cuando tal vez con duplicación de concepto, que para ser válidas las donaciones han de estar hechas en escritura pública, expresándose con individualidad los bienes donados, el valor de todos y cada uno y las *cargas y deudas* que se imponen al donatario, exponiendo por vía de aclaración el comentarista del proyecto Sr. García Goyena, para explicar la razón del precepto, que si faltando la manifestación de la deuda se obligase al donatario á pagarla, quedaría al arbitrio del donador hacer ilusoria la donación con solo aumentarla ó simularla.

Quinto. Considerando que el hecho de haberse suprimido en el art. 633 del Código vigente la palabra muebles, que en el proyecto de 1851 figura, no arguye, en sentir del que suscribe este voto particular, sino el deseo de evitar una redundancia ó duplicación de concepto, corroborándolo así el hecho de tener el vocablo *cargas* en el tecnicismo jurídico y en el lenguaje corriente una amplia y general acepción, que lo mismo comprende el derecho real que á la obligación personal.

Sexto. Considerando que en apoyo de la misma idea concurre la redacción del art. 633 en su primer párrafo, toda vez que alude

al *valor de las cargas que deba satisfacer el donatario*, y esta construcción gramatical y jurídica arguye una intervención personalísima constitutiva de verdaderos actos de pago, más propia de las obligaciones personales que de las afecciones reales. Siendo esto tanto más admisible cuanto que si el artículo hubiera querido referirse con exclusividad á las cargas que gravitan sobre bienes raíces, lo hubiera expresado así, bien empleando la locución *y el valor de las cargas que pesen sobre los mismos (inmuebles)*, ú otra expresiva del mismo pensamiento.

Séptimo. Considerando que el canon hermenéutico de que cuando una palabra es susceptible de dos sentidos debe tomarse en el que, siendo menos amplio, encierra en límites más estrechos la esfera de la nulidad, aparte de su carácter dogmático é indiscutible, no hay por qué tenerlo en cuenta para depurar la extensión del vocablo *cargas*, porque la interpretación basada en un canon ó principio general debe rechazarse cuando existe un texto expreso privativo del caso; y en el de que se trata, la letra y espíritu del art. 633 debe interpretarse por el art. 619, donde se define el concepto jurídico de donación, pero en manera alguna contradiciendo su tendencia, revelada luminosamente en el sentido de su determinación cuantitativa.

Es voto particular del que estos comentarios escribe, y como opinión privativa suya lo expone, que la palabra *cargas* usada por el art. 633 del Código civil abarca lo mismo las propiamente reales como las obligaciones personales (deudas) impuestas por el donador al donatario.

***

Dispone el art. 633 en su segundo párrafo que la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Y complementando la doctrina, añade el tercer párrafo del mismo artículo, que hecha la aceptación en escritura separada, deberá notificarse en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Cuanto pudiéramos expresar respecto de la aceptación de donaciones, quedó ya desenvuelto en el comentario del art. 6 y no hay para qué repetir que el precepto referente á que la ac tación debe hacerse en vida del donante, no es sino una secu

del dogma fundamental de que los contratos se perfeccionan por el consentimiento.

Tampoco ofrece dificultades el tercer párrafo del artículo que comentamos. Si la aceptación por efecto de la unilateralidad del contrato de donación, es factible que se realice por escritura separada, nada más lógico que esta aceptación se notifique al donador, porque de otra suerte, y dado el texto expreso del art. 623, la omisión de dicha diligencia impediría que la donación se perfeccionase.

La mayor prueba de que la diligencia de la notificación es corolario inevitable de la posibilidad legal de aceptar una donación por escritura separada, reside en la unanimidad con que se conducen los Códigos extranjeros.

El Código napoleónico, tomándolo de las Ordenanzas de D'Aguessau, declara en el art. 932 que la aceptación podrá hacerse en vida del donante por acta posterior y auténtica que se protocolizará, pero en este caso la donación no producirá efecto respecto del que la hizo más que desde el día en que se le notifique el acta de donación. Obsérvese que en el texto citado, no se prescribe que la diligencia de notificación se practique en forma auténtica, y los juristas franceses, entre otros Marcadé, exponen como razón del precepto la de que tratándose de un simple aviso al donador, por estar ya perfecto el contrato á virtud de la aceptación, no debe exigirse ninguna forma especial. Sin embargo, añade: Si bien el modo más natural de notificar sea el de una *signification par huissier,* no descubrimos nulidad aun cuando se emplee otro medio distinto.

El Código patrio, no obstante el precedente, exige la forma auténtica, así para evitar las añagazas de la mala fe, como para armonizar el precepto con aquel otro tan sobrio y severo del artículo 623, según el cual, la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

Idéntica doctrina á la mantenida por el Código francés es la expresada por el art. 1.057 del italiano. No prescribe taxativamente la notificación el art. 1.466 del Código portugués; pero la anotación que se ordena suple la ritualidad antedicha. Por lo que respecta á los Códigos americanos, podemos citar el Código de Guatemala, art. 720, y el 2.729 del de Méjico, análogo al 633 de nuestro Código, salvo la diferencia de que la frase *en debida forma*

empleada por aquél, ha sido reemplazada por éste con la de *en forma auténtica*.

¿Qué significa esta locución, *en forma auténtica?* Según nuestro parecer, que es necesaria la intervención de un funcionario revestido de la fe pública, sea éste judicial ó extrajudicial. Este es también el criterio de Escriche, quien en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, define el adjetivo *auténtico* diciendo que es lo que se halla autorizado ó legalizado de modo que hace fe pública. En consonancia con esta acepción, bien sabido es que el verbo *autenticar* denota autorizar ó legalizar jurídicamente alguna cosa, ó poner á un instrumento la atestación de los Magistrados y el sello público para su mayor firmeza. Da derecho á presumirlo así, ante todo la latitud de contenido de la frase empleada; porque forma auténtica es la notificación practicada por ante Notario como la hecha por un Escribano de actuaciones, toda vez que ambos gozan de la fe pública, siquiera la del primero sea extrajudicial y la del segundo judicial. Además, las contingencias y anomalías con que la realidad suele presentarse muy frecuentemente, pueden determinar la intervención de la autoridad judicial. Tal vez previendo el Código esta posibilidad se decidió á valerse de un concepto tan comprensivo cual el empleado.

Y para mayor comprobación del criterio apuntado, imaginemos que *A* dona á *B* una heredad; que la escritura de donación se otorga sin que en ella se haga constar la aceptación de *B*, y que éste posteriormente otorga un nuevo instrumento aceptando la donación. Demos, por último, por supuesto que al tratar *B* de que la escritura de donación le sea notificada auténticamente á *A*, éste ha partido para el extranjero, desconociéndose su domicilio. Y si se rechazase este caso, supóngase que *A*, donador, procediendo de mala fe, excusa la notificación, negándose á franquear la entrada en su domicilio al Notario. Como quiera que el artículo que estudiamos individualiza la notificación, refiriéndola con exclusividad á la persona del donador, y será, por otra parte, muy discutible la validez de una notificación hecha, v. gr., á un pariente ó criado de aquél, impónese la necesidad de buscar un arbitrio adecuado que, con la propia individualizació personal que el artículo requiere, supla el defecto de una not ficación propiamente dicha. El Código debería haber previs un caso como el imaginado, con tanto mayor motivo, cuanto q

desciende, en punto á las ritualidades de la aceptación y notificación, á un extremo de detalle que casi toca en los límites del casuismo.

En la ausencia de un procedimiento propio y pertinente del caso que se discute, sólo cabe exponer una opinión, á reserva, claro está, de cualquiera otra más acertada, y siempre con el peligro próximo de incurrir en una equivocación.

Hecha esta salvedad, he aquí nuestro parecer. Dice el art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, ó se solicite, la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Derívase de lo expuesto que el número de actos que la expresada jurisdicción abarca es incalculable, como quiera que basta la intervención judicial, necesaria ó requerida por voluntad de una persona, sin que medie cuestión ni disentimiento entre partes determinadas y conocidas. Por esto los autores de Derecho procesal reconocen en los actos de jurisdicción voluntaria un carácter marcadamente notarial, y la misma ley, mediante la calificación de *acto*, denota con toda claridad la indicada naturaleza. Ahora bien: el hecho de solicitar del Juzgado que lleve á efecto una notificación, citando previamente y para dicho efecto al donador, parécenos que encaja con exactitud dentro del concepto expuesto de los actos de jurisdicción voluntaria, tanto porque se requiere la intervención del Juez, y consiguientemente del actuario que da fe, para comunicar forma auténtica, como dice el Código, á la notificación, cuanto porque no se plantea, ni siquiera se inicia, ninguna acción que lleve anexa una cuestión legal ó de hecho entre la parte que pide y aquella contra quien se reclama. Hasta aquí, la práctica del artículo citado, 1.811, de la ley de Enjuiciamiento civil y su aplicación al art. 633 del Código, no ofrece la menor dificultad, y el ánimo más caviloso y suspicaz no podrá encontrar ni una leve tilde. Pero demos por cierto que el donatario excusa su presencia y, ni acude al Juzgado, ni se muestra propicio á recibir la notificación. ¿Qué línea de conducta será la más oportuna? Nosotros exponemos una idea que no se halla desenvuelta en la ley, pero que dada la libertad absoluta de tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria, y sobre todo, de aquellos que por no imponerlos la ley con carácter necesario para ciertos

casos, puede decirse de ellos que son voluntarios por su fondo y por su forma, opinamos que no puede haber dificultad en practicarla. Para mayor claridad, la reduciremos á reglas.

a) Si aceptada una donación por escritura distinta de aquella por la que se otorgó, el donador se negase á escuchar la notificación prevenida por el art. 633 del Código, excusando su presencia ó negando la entrada en su domicilio al Notario, podrá el donatario acudir ante el Juzgado, promoviendo acto de jurisdicción voluntaria y solicitando sea citado el donador personalmente ó por cédula para que en el día que se señale comparezca ante el Juzgado para ser notificado en forma.

b) Recibido el escrito, ordenará el Juez sin pérdida de tiempo que se cite al donador, previniéndole en la papeleta de citación el objeto de la comparecencia. Si no compareciere en el día señalado, se le volverá á citar por segunda vez, bajo apercibimiento de tenerle por notificado, y si tampoco compareciere á la segunda citación, dictará el Juzgado auto, teniendo por hecha en forma auténtica la notificación de la aceptación y ordenando que por el actuario se libre mandamiento en forma para que por los Notarios autorizantes de ambas escrituras de donación y aceptación se pongan las notas expresivas de la diligencia de notificación, de conformidad con lo prevenido por el art. 633 en su tercer párrafo.

c) Los efectos de la notificación al donador, por lo que respecta á la perfección y validez del contrato, se retrotraerán á la fecha en que se haya solicitado la intervención judicial, debiendo así hacerse declaración expresa en el auto á que la regla anterior se refiere.

El procedimiento indicado responde, según nuestro parecer, á la naturaleza de la diligencia ordenada por el artículo objeto de estudio, pero dado el hecho de no constar escrito en la ley, lo exponemos más bien con carácter de proyecto. Si algún Juzgado escrupulizase acerca de su aplicación por la circunstancia antedicha, ya que, bien mirado, trátase de trámites constituyentes, y no constituídos, podrá prescindir del auto, acordando que la notificación se practique desde luego en la misma forma que notifican las resoluciones judiciales.

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS Y LIMITACIÓN DE LAS DONACIONES

Comprende este capítulo varias doctrinas jurídicas á cual más interesantes.

Principia limitando las donaciones á la cuota que se pueda dar ó recibir por testamento. Sin embargo, como cuando no existen herederos forzosos, la libertad de disposición no tiene trabas, el Código en este caso autoriza la donación de la totalidad del patrimonio, aunque con la reserva en propiedad ó usufruto de aquellos bienes necesarios para la decorosa sustentación del donador. Nada, por otra parte, más razonable, porque de esta suerte preca ve las funestas consecuencias que para la sociedad se siguen de estas prodigalidades sin tasa, y de estos altibajos de fortuna tan desproporcionados.

La teoría de las donaciones conjuntas también se desenvuelve en este capítulo, y le hacen compañía la de la reserva por el donador de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, la de la reversión, y, por último, los preceptos que regulan el pago de las deudas del donante, ya cuando, se ha pactado expresamente, bien cuando, no habiéndose convenido nada, la donación ha sido hecha en fraude de acreedores.

Rigurosamente no existe concordancia entre el

enunciado del capítulo y las materias que contiene, porque la reserva, la reversión, la conjuntividad de personas y aun el mismo convenio de pagar las deudas del donador, no son efectos naturales de la donación en el sentido general que del lema del capítulo se desprende, sino efectos de pactos ó estipulaciones alternantes con la donación propiamente dicha.

Así, pues, el capítulo III debiera titularse *De la limitación de las donaciones y de los pactos que por razón de las mismas puedan contraerse entre donador y donatario.*

ART. 634. La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

Concordancias. — Igual al art. 953 del proyecto de Código de 1851 y al 633 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro III, tit. XII, ley* 7.ª—...Otrosi, mandamos, que si alguno ficiere donacion de todo lo que hobiere, maguer que no haya fijos no vala; e si fijos hobiere é nietos, o dende ayuso, no pueda dar mas de su quinto: e si por aventura mas diere, la donacion no vala en aquello que es de mas, e vala en aquello que puede dar.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 4.ª—...Pero esto se deue entender desta guisa: que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya, de lo que le fincare, tanto de lo suyo que pueda bien beuir, de guisa que non aya que demandar lo ageno; eston es tenudo en todas guisas de la dar complidamente. Mas si pe auentura non le fincasse de que pudiesse beuir si lo compliess estonce non seria tenudo de complir la donacion.

Leyes de Toro: Ley 69.—Ninguno pueda facer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

Novísima Recopilación, libro X, tít. VII, ley 2.ª—Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes aunque lo haga solamente de los presentes.

ART. 635. La donación no podrá comprender los bienes futuros.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Concordancias. — Igual al último párrafo del art. 953 del proyecto de Código de 1851, y análogo al 634 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

ART. 636. No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.

Concordancias.—Igual al art. 954 del proyecto de Código de 1851 y al 635 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véase la ley 7.ª, tít. XII, lib. III del Fuero Real, inserta en los precedentes del art. 634, y además*

Fuero Real, lib. III, tít. XII, ley 3.ª—Si el marido quisiere dar algo á la muger, ó la muger al marido no habiendo fijos, puedalo fazer después que fuere el año pasado desque casáren, e no ante: e si despues desta donacion hobieren fijo no vala la donacion, fuera quanto en su quinto; e si ante que se otorguen por marido e por muger alguna donacion ficiere el uno al otro, esta donacion no se desfaga por fijo ninguno que les nazca despues, si el marido muriere, e la muger fincare preñada, si ende fijo o

fija nasciere, parta igualmente con los otros hermanos si los hobiere; e si ningun hermano no hobiere de parte de su padre, y el padre habie mandado todo lo suyo, la quarta parte de lo que habie partan entre si aquellos á quien fizo la manda, e las tres partes haya este fijo o fijos que despues nascieren (1).

Partida 5.ª, tit. IV, ley 8.ª—.... E si por auentura alguno que ouiesse fijos legítimos, quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer en tal manera, que todavia finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de su padre como despues de la su muerte. E la parte legitima es, segun dize en el titulo del establescimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar los fijos, fasta en la quantia de su parte legitima.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 9.ª—... Otrosi dezimos, que todo ome puede fazer donacion por carta, o sin ella, dando quanto quisiere, para sacar catiuos; o para refazer alguna Eglesia, o casa derribada; e por dote, o por donacion que se faze por razon de casamiento. E aun dezimos, que si algun ome quisere fazer donacion a alguna Eglesia, o a logar religioso, o a hospital, que lo puede fazer sin carta. Pero si quisiere dar a otro ome, o a otro logar, puedelo fazer sin carta fasta quinientos marauedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdria. Fueras ende, si lo fiziesse con carta e con sabiduria del mayor judgador de aquel logar, do fiziesse la donacion.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 634, 635 Y 636.—Si bien el capítulo III del título que estamos comentando aparece encabezado con las palabras «*De los efectos y limitación de las donaciones*», es lo cierto que en el articulado se altera por trasposición este orden y se comienza por aquellos artículos que delimitan, digámoslo así, los confines lícitos de toda donación *inter-vivos*. Tres artículos consagra el Código á este objeto.

---

(1) A pesar de no constituir un precedente concreto la ley que queda transcrita, la insertamos porque se inspira en la misma idea de reducción de las donaciones, cuando éstas exceden de aquella parte de libre disposición hereditaria y afectan las porciones legítimas de los herederos directos necesarios.

El 634, según el cual, la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante ó parte de ellos, con tal que se reserve en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias; el 636, que reduce y encierra la donación en la cuantía y límites de toda disposición testamentaria, excepcionando, ó, mejor dicho, condicionando la regla absoluta preconizada por el art. 634; y, finalmente, el 635, que aun cuando limitativo en cierto sentido de la facultad libérrima de disponer gratuítamente, no afecta á la cuantía ni toca á lo económico actual, propiamente dicho, sino á la imposibilidad legal de transmitir bienes de los cuales no pueda disponer el donatario al tiempo de la donación. Por eso dice el susodicho artículo: «La donación no comprende los bienes futuros.»

Enlazados los tres preceptos por el nexo común de ser limitativos de la facultad de disponer por título gratuíto, los trataremos reunidos bajo un solo comentario, sin incurrir por ello en confusión; antes por el contrario, imponiendo aquellas reparaciones que lo peculiar de cada texto exija.

Si, anticipando ideas, aventuráramos la especie de que el Código patrio ha retrocedido á la teoría romana, aun cuando embozándola con la vestidura de la *ley 69 de Toro*, parecería á muchos tesis heterodoxa, por más de un concepto reprochable. Y, sin embargo, dejando á un lado el convencionalismo creado por la permanencia, más aparente que real, del derecho clásico castellano en el Novísimo Código, ¿cómo negar que la traba impuesta por el art. 634 al donatario es una limitación moral no fiscalizable ni aun por el recurso también clásico y ya desterrado de la insinuación judicial?

No discutimos por el momento si el Código se ha inspirado en las normas impuestas por el progreso jurídico; lo que sí sostenemos es que la conducta del legislador dista mucho de haber sido lógica; porque dictar un precepto tan francamente prohibitivo, cual el del art. 634, y no otorgar los medios coactivos para que dicha prohibición no se infrinja, dejando, por el contrario, su cumplimiento á la coacción puramente espiritual é irreductible del fuero interno del donatario, es ciertamente, ó imprevisión ó falta de sindéresis, ó si esto no se acepta, prurito manifiesto de ampliar la esfera dispositiva del donador, salvando solemnidades

y garantías legales; pero ofreciéndole en cambio el texto legal como regla de conducta, á la manera del art. 6.° de la Constitución política del año de 1812, que presentaba á los españoles como una de sus principales obligaciones la del amor á la patria y asimismo la de ser justos y benéficos.

Pero si el propósito del Código ha sido el indicado en último lugar, no hay duda de que, retrocediendo en el tiempo, nos hemos aproximado á la doctrina romana y á la de Partidas, conservando, no obstante, la apariencia de la *ley 69 de Toro*, como clásica carátula que encubre el gesto del legislador, expresivo de un criterio diferente.

Dos son los sistemas que rigen respecto á la que pudiéramos llamar libertad dispositiva en las donaciones. Uno de ellos absoluto, en cuanto permite el traspaso gratuíto de todos los bienes sin reserva dominical ni usufructuaria de ninguna especie. Otro relativo, toda vez que si bien consiente la transmisión gratuíta de la universalidad de un patrimonio por acto *inter-vivos*, es en cuanto el donador se reserva en pleno dominio ó en usufructo una cuota proporcional á su fortuna y lo suficiente para vivir en un estado correspondiente á las circunstancias del donador. Pero este último sistema admite dos modalidades: la primera se caracteriza por la presencia de la insinuación judicial; la segunda por su ausencia; en aquélla, la autoridad del Juez constriñe á que la transmisión se concrete á sus límites predeterminados por la ley; en ésta, no existe otro fuero que la moral del individuo.

Si examinamos la historia legislativa, hallaremos abundantes muestas de los tres sistemas y aun combinaciones de las modalidades del segundo con la amplitud del primero, como, v. gr., se nota en el *Codex justinianeus*, donde, al lado de la ilimitada libertad de donar la integridad del patrimonio, coexiste la insinuación para todas aquellas donaciones que excedieren de trescientos sólidos.

Hemos dicho que por el derecho justiniáneo se favoreció la facultad de transmitir gratuítamente por donaciones, sin parar mientes en la situación en que el donador pudiera quedar, y con efecto, corrobora esta afirmación la *ley 35, § 4.°, tit. LIV, libro VIII, Codex.*

Sed, et si quis universitatis faciat donationem, sive bessis, sive dimidiae partis suae substanciae, sive tertiae sive quartae, sive quanta

cunque vel etiam totius si non de inofficiosis donationibus ratio ad hoc reclamaverit, coartari donatorem legis nostrae auctoritate tantum quantum donavit praestare. Esto es: pero si alguno hiciere donación de todos sus bienes (*universitatis*) ó de las dos terceras partes ó de la mitad del tercio, cuarto ó de otra parte cualquiera, si no ha lugar á la acción de inoficiosidad de tales donaciones, está obligado según nuestra ley á entregar lo que donó.

Y la misma ley antes citada, en el § 5.º, nos brinda otra demostración de la amplísima tolerancia del Derecho Romano, sólo comparable en nuestros días á lo sancionado por el Código napoleónico... *quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit vel totam substantiam tradere.*

Si venimos al derecho castellano, encontraremos, más bien por las disquisiciones y sutilezas de los prácticos que por la ambigüedad de los textos, opiniones contrapuestas que se solucionaron cuando la *ley 69 de Toro*, más adelante recopilada en la Novísima, despejó las nebulosas, sancionando un criterio permanente para lo futuro.

La *ley 7.ª, tít. XII, lib. III del Fuero Real* prohibió en absoluto las que podríamos calificar de donaciones integrales. Y así, dice: *mandamos que si alguno ficiese donación de todo lo que hobiere maguer que no haya fijos no vala; e si fijos hobiere é nietos, e dende ayuso non puede dar mas de un quinto.*

De la *ley 8.ª, tit. IV, Partida 5.ª* dedujeron los intérpretes la permisión de las donaciones totales. García Goyena también opina del mismo modo, pero enfrente de la *ley 8.ª* se alza la *4.ª* del mismo título y Partida, y si aquélla por vía de incidencia y como ejemplo para hacer resaltar mejor la revocación de las donaciones, cuyo es el tema de que se ocupa, habla de si *alguno por tal razon diese á otro todo lo suyo ó gran partida dello;* ésta, ó sea la ley 4.ª, establece el principio general, por cuanto, después de reseñar las formas posibles de donar, añade: *Pero esto se deue entender e esta guisa, que si aquel que la donación ha de cumplir fuesse tan co que aya de lo que le fincase tanto de lo suyo que pueda bien beuir: e guisa que non aya que demandar lo ageno, estonce es tenudo en das guisas de la dar complidamente. Mas si por auentura no le*

fincasse de que pudiere beuir, si lo compliesse, estonce no seria tenudo de complir la donacion. Esta ley de Partidas constituye la norma fundamental, y ese *todo lo suyo* á que alude más como enunciado demostrativo que preceptivo la *ley 8.ª*, ha debido siempre interpretarse, así por su carácter como por su orden numérico, condicionado por el precepto absoluto y sin distingos de la *ley 4.ª*

Y sin embargo, no ha sido así, porque las leyes de Toro, que, como es sabido, se ordenaron con el propósito, luego frustrado, de encarrilar en la unidad de la interpretación oficial la inteligencia encontrada de varias leyes del Fuero, de Partidas y del Ordenamiento, consideraron preciso formular un canon sacramental que de una vez y para siempre, al par que disipase las celajerías formadas por la evaporación de glosas y comentos, prohibiese las donaciones plenas ó integrales. Por eso, perseverando en la misma idea, repite la ley recopilada (2.ª, *tit. VII, lib. X*): *Ninguno puede hacer donación de todos sus bienes aunque la haga solamente de los presentes.*

No dejan de ofrecer aprovechables enseñanzas las legislaciones extranjeras contemporáneas, y bien puede asegurarse que desde el sistema de la libertad ilimitada seguido por el Código Napoleón hasta el de la que pudiéramos llamar libertad relativa, hay soluciones para todos los gustos. Examinaremos los Códigos más principales. Rompe en este desfile la marcha el Código napoleónico, estableciendo en el art. 916 que, en defecto de ascendientes y descendientes, las donaciones, *les liberalites*, por actos *inter-vivos* podrán comprender la totalidad de los bienes del donador. Decía á este propósito Bigot de Preameneu en la sesión *del 2 de Floreal del año II:* «El orden público y el interés de las familias concurren para que cada uno sea mantenido en el derecho de propiedad de donde mana la libertad de disponer, á menos que no medien otras consideraciones lo bastante poderosas para exigir á estos efectos un sacrificio.» Y el tribuno Jaubert, en la sesión *del 9 de Floreal* del mismo año, se expresaba en estos elocuentes términos: «Hemos dicho que la facultad de transmitir es puramente de derecho civil; empero algunas diferencias se encuentran entre las transmisiones por actos *inter viv* y las que se verifican por testamento. Aquel que se despoja de sus bienes en vida, actualmente, parece bajo cualquier aspecto relación que se le considere que usa de un derecho más extens

más amplio que aquel otro que no dispone sino para un tiempo en el cual ya no ha de existir. Pero este matiz distintivo es muy ligero, y es preferible convenir en que la sociedad no puede otorgar al hombre el derecho de disponer de sus bienes por testamento, sin conferirle el de transmitirlos por actos *inter-vivos*... La libertad ilimitada de disponer le es grata al hombre; ningún derecho es más apropiado á su dignidad; ninguno puede excitar más ventajosamente su emulación.» Jaubert concluye con esta invocación: «Consentid, consentid una absoluta libertad; que el hombre que trabaje, sepa que puede disponer de su fortuna... que el hombre que conoce el valor del sentimiento, no teme ser atraído sólo por el valor del interés... dejar libre el curso de las afecciones.»

Ó estas invocaciones del tribuno Jaubert á la libertad y á sus futuras bienandanzas cayeron en tierra erial, ó los legisladores de otros países, más cautos ó más temerosos de los legislados, no se dejaron ilusionar por el señuelo. Toleraron, sí, la libertad de disponer gratuítamente por actos *inter-vivos;* pero la restringieron poniendo como condición la de que el transmitente se reservase para sí ó en pleno dominio ó en usufructo aquella suma de bienes necesaria para subsistir en armonía con su posición social; sin duda por aquello que el Rey Sabio expuso en las Partidas: *porque non haya que demandar lo ageno;* ó, como dijo Palacios Rubios, porque tan inmensa donación arguye el fraude, ó como escribió Gómez: *principaliter favore subditorum, et secundario favore Rei publicae,* ó como afirma el distinguido García Goyena, porque la moral y el bien público se resienten del repentino cambio de la holganza á la pobreza, y porque no puede justificarse esta especie de suicidio sino por la fuerza irresistible de una seducción ejercida con habilidad y constancia ó por un acceso pasajero de locura.

Ello es lo cierto que por unas ú otras razones, que no hace al caso investigar cuáles fueron las que cada legislador tuvo en cuenta, la mayoría de los Códigos optó por el sistema de libertad restricta, siquiera parezca bullir la antinomia entre estos dos vocablos. Y así se observa que Cuerpo legal tan comedido, correcto y científico como el Código portugués, ordena en su artículo 1.460 que es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante sin reserva de usufructo, ó que le deje

sin medios de subsistencia. La ley civil mejicana adopta igual temperamento, art. 2.731. Chile, si bien se inspira en análogo criterio, comunica al precepto un matiz original, porque dice: «El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su cóngrua subsistencia; y si omitiese hacerlo podrá en todo tiempo obligar al donatario á que, de los bienes donados ó de los suyos propios, le asigne á este efecto, á título de propiedad ó de usufructo ó censo vitalicio, lo que se estimase competente, habida proporción á la cuantía de los bienes donados.»

Finalmente, cerramos esta enumeración exponiendo la doctrina del Código de Guatemala sobre el particular que nos ocupa, doctrina que sin recelo puede reputarse como el reverso del Código napoleónico. Según el art. 711, el que tiene descendientes puede donar hasta la sexta parte de sus bienes; el que sólo tiene ascendientes hasta la cuarta parte, y el que carece de ascendientes y de descendientes la tercera parte, siendo nula en cuanto al exceso las donaciones que traspasaren el límite fijado en la referida escala.

Por lo expuesto compréndese que en la legislaciones civiles contemporáneas no rige un criterio único, siquiera predomine el sistema de la restricción. Desde la más absoluta libertad de disponer gratuítamente por actos *inter-vivos*, aceptada por el Código francés y austriaco, hasta el de la restricción, seguido en su forma más cualificada y gravosa por el Código de Guatemala, hay lugar y espacio para una gradación que, comenzando por el Código de Chile, que casi toca en las lindes del sistema napoleónico, desciende por los Códigos de Portugal, Méjico y España, hasta tocar con el Código guatemalteco antes dicho.

***

Cuando se medita sobre el texto del art. 634, idéntico en su espíritu y casi hasta en su letra á sus congéneres de los Códigos portugués y mejicano, acude al pensamiento la idea de que, tratándose de un canon prohibitivo, de un precepto que ataca en cuanto la cercena, la libertad dispositiva, no en obsequio de determinados individuos ligados con el donador por estrechos vínculos de sangre, v. gr., los descendientes, los ascendientes, sino

en pro del mismo donante, y por ende en beneficio social, debiera ampararse el cumplimiento de este precepto con alguna fiscalización ó género de solemnidad que garantizase su eficacia. Porque el art. 634 no es, después de todo, otra cosa sino una manifestación del poder tuitivo que reside como *in potentia* en el Estado sobre todos los sujetos de derecho que le constituyen. Mas si esto es así, nada tan anómalo como dejar la regulación de su propia conducta al mismo individuo que por sus actos revela no amoldarse á los imperativos legales. Y sin embargo, esta irregularidad no se crea que es privativa del Código patrio; de igual suerte se conducen el Código portugués y el mejicano, sin duda porque los tres parten del supuesto un tanto dudoso de la perfección moral del individuo.

Los legisladores antiguos inventaron la llamada insinuación, que es, como dice Escriche, la manifestación ó presentación de un instrumento público ante Juez competente para que éste interponga en él su autoridad y decreto judicial de aprobación, ó, como dice el art. 1.401, párrafo segundo del Código chileno: «Se entiende por insinuación la autorización de Juez competente solicitada por el donante ó donatario.»

En el Código Justiniáneo encontramos el primer vestigio escrito de esta solemnidad legal, hoy desaparecida del Código civil vigente. Por una Constitución del Emperador León se dispuso que las donaciones que se celebrasen en la Imperial ciudad de Constantinopla, halláranse las cosas situadas en cualquiera parte, se insinuasen ante el maestro de los Censos, porque así insinuadas serían buenas y válidas y tendrían perpetua fuerza (1). Para que la insinuación se reputase solemnidad necesaria, era menester *(ley 34, tit. LIV, lib. VIII, Codex)* que excediera de trescientos sólidos.

Esto no obstante, se exceptuaban las donaciones de particulares hechas en favor del príncipe *(Autentica ut non fiant);* las otorgadas en favor de causas pías hasta la suma de quinientos

(1) *Ley 32, tit. LIII (LIV), lib. VIII, Codex.—Secundum divi Leonis constitutionem donationes apud virum clarissimum magistrum census tantummodo insinuari praecipimus, huiusmodi forma iis illis instrumentis observanda quae in hac regia urbe confecta seu celebrata fuerint...*

sólidos y las antenupciales hechas en favor de adultos, menores de edad y personas de su derecho. Cuando las donaciones consistían en bienes muebles, inmuebles ó semovientes, procedíase á su estimación; si no excedían de la suma fijada, eran válidas sin la insinuación, mas si pasaban, sólo eran en cuanto no alcanzasen los trescientos sólidos.

Si repasamos los primeros Cuerpos legales de nuestro derecho, así la Compilación Visigótica como el Fuero Real, observaremos que ni por vía de incidencia, al tratar de las donaciones, mencionan la insinuación. Es preciso ascender en la historia legislativa hasta la promulgación del Código de las Siete Partidas para encontrar en la 5.ª, *tit. IV, ley 9.ª*, la antedicha solemnidad judicial.

...*Pero si quisiere dar a otro ome o a otro logar puedelo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas non valdra. Fueras ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria del mayor judgador de aquel logar do fiziesse la donacion.* La ley transcrita, plegándose á su precedente el Código Justiniáneo, exceptuó de igual manera que este último las donaciones hechas á los Reyes ó las que éstos hacen á los súbditos, las que se otorgaren para redimir cautivos, las concedidas á la Iglesia ó cualquier fundación piadosa, las que se hicieren con el fin de construir una iglesia ó una casa arruinada, y, finalmente, las ofrecidas por causa de dote. Gutiérrez y Febrero exceptuaron también las donaciones juradas, y una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1868, las donaciones llamadas por la ley de Partida *á cierta postura,* porque las obligaciones eventuales que comprenden y sus gravámenes indefinidos, impiden que pueda fijarse su importancia y utilidad líquida.

Discutieron mucho intérpretes y comentaristas sobre la cuantía de la suma significada por los quinientos maravedís de oro. Quiénes la fijaban en 7.352 reales y 32 maravedís; algunos en 8.000 reales; otros, fundándose en que el maravedí de oro equivale en valor á un castellano, también de oro, entrando cincuenta en un marco de ocho onzas, y en que en el siglo XV cada castellano representaba un valor de quinientos cuarenta y cuatro maravedís, dedujeron que los quinientos señalados por la ley de Partidas ascendían en total á 25.600 reales. Sin embargo, el mismo Febrero, notando tan extraña discordancia y comprendiendo que

la dificultad emanaba de no poder precisar el valor exacto que tuviera el maravedí de oro en la época del Rey Sabio, hubo ya de solicitar francamente una resolución del Príncipe que disipara las dudas surgidas por efecto de la alteración de la moneda desde la época del Rey Alfonso X. Si no el Príncipe, porque el régimen constitucional, al crear nuevos organismos de justicia confióles la misión de interpretar las leyes aclarando los puntos brumosos y unificar mediante una declaración auténtica la discordancia de criterio de los juristas, el Tribunal Supremo de Justicia ha delimitado la cuantía de la suma al declarar incidentalmente en su sentencia de 14 de Diciembre de 1877, que la sentencia que declara la nulidad de una donación en escritura pública en cuanto excede de la cantidad de 30.073 reales 18 maravedís, se cumple devolviendo y entregando los donatarios al causahabiente del donante todo cuanto de lo recibido y percibido en virtud de dicha donación, según resulta de la referida escritura aceptada por los mismos, exceda de la mencionada cantidad en que la donación subsiste.

Hemos considerado prudente exponer estos breves apuntes históricos, porque borrada de nuestro Código la insinuación, nada más lógico que consagrarle un recuerdo que al propio tiempo contribuya á favorecer la labor comparativa del antiguo estado de derecho con el que actualmente impera en punto al particular que estamos desenvolviendo.

***

Admitido el principio de la restricción en las donaciones, la insinuación arguye algo así, si se nos permite la expresión, como el planteamiento en el orden del Derecho civil del sistema preventivo, porque, con efecto, la donación no adquiere validez sino mediante el *exequátur* del Juez, y cuando éste, compulsando el hecho actual con el consagrado jurídicamente con la solemnidad de un texto escrito, como arquetipo de todos los demás, encuentra que uno y otro coinciden exactamente. Á la inversa, la supresión de la insinuación acusa el reconocimiento del sistema represivo, toda vez que la apreciación de la licitud ó ilicitud, ó dicho en otros términos, de la oficiosidad ó inoficiosidad de las donaciones *inter-vivos* queda á la conciencia del donador, sin que

nadie pueda ejercitar su acción de reducción mientras aquél viva. Con relación al Código patrio, demuéstralo así el art. 654, á cuyo tenor, «las donaciones que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 636 sean inoficiosas, *computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte*, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará *para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.*» Por lo que atañe á aquellas donaciones otorgadas por una persona que carezca de herederos forzosos, ó sea por quien pueda donar todos sus bienes presentes, reservándose sólo una cuota dominical ó usufructuaria para subsistir decorosamente, conviene conocer una resolución de la Dirección general de los Registros, notable, no tan sólo por la exactitud científica de la doctrina que expone, sino por la perspicacia con que descubre y difunde esta tendencia que hemos calificado de represiva, en oposición á la tendencia preventiva denotada por la insinuación, y que efectivamente es la que ha inspirado al legislador al redactar el capítulo en cuyo comentario nos encontramos.

La resolución lleva fecha de 21 de Agosto de 1893 y aparece inserta en la *Gaceta* de 23 de Octubre del mismo año.

Tratábase del siguiente hecho: Por virtud de una escritura pública, *A* donó á *B* media casa de su propiedad y declaró que la donación se hallaba dentro de los límites permitidos por el artículo 634 del Código civil, puesto que se había reservado en plena propiedad lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, sin exceder de la cantidad de que en todo caso podría disponer en testamento. Presentada la aludida escritura en el Registro, fué denegada su inscripción, fundándose el Registrador en que dicho documento no reunía los requisitos formales del art. 634 del Código, por haberse debido negar el Notario á extenderle sin previa y fehaciente justificación de que la donante se había reservado en propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, y no por simple manifestación de la interesada, sin ningún valor jurídico. Interpuesto recurso gubernativo, la Dirección l- resolvió acordando la inscripción y sentando los siguientes puntos doctrinales, que por su importancia insertamos íntegros:

Primero. Que los artículos 634 y 636 del Código han venido trazar dos límites á la libertad de donar, de donde se colige qu

toda donación es válida en cuanto se encierre en esos límites, y susceptible de anulación ó reducción en todo aquello que de los mismos excediere.

Segundo. Que por esta razón no es lícito afirmar, *a priori*, invocando el art. 634 ó el 636, que una donación es nula, sino á lo sumo susceptible de reducción, si en virtud de prueba ulterior, suministrada por parte legítima, se acreditase, ó bien que no quedó al donante lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, ó bien que la donación es inoficiosa.

Tercero. Que el art. 654, cuando ordena que la donación inoficiosa ha de tener plena eficacia durante la vida del donante, y por ende hasta que llegue el momento de su reducción, sienta un criterio que, aplicado al caso del art. 634, permite deducir que la donación de todo ó parte de los bienes produce todos sus efectos, hasta probado que sea que, á virtud de ella, no quedó al donante lo necesario para vivir según sus circunstancias.

Cuarto. Que como consecuencia de lo expuesto, no es al Notario al autorizar la escritura de donación, ni al Registrador al inscribirla, á quien incumbe investigar si queda al donante lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, rechazando el acto como nulo á falta de prueba que así lo justificare, sino á los Tribunales de Justicia en el juicio que proceda y á instancia de quien tenga derecho á pedir la reducción de semejante donación.

Quinto. Que por no ser necesariamente nula la de que se trata, es cierto no adolece la escritura en cuestión de defecto insubsanable, y por no tener derecho el Registrador á exigir una prueba que sólo en juicio y á petición de personas interesadas puede reclamarse, tampoco existe en el caso falta que deba subsanarse previamente á la inscripción, coligiéndose de todo que es inscribible el documento origen del recurso.

La doctrina sentada por la resolución transcrita de la Dirección de los Registros es profundamente jurídica, y revela en su autor un espíritu crítico digno de notarse. Ojalá destellara con la misma intensidad este espíritu investigador en las sentencias del Tribunal Supremo, que van formando la jurisprudencia del Código civil, por más de un concepto fofa y desustanciada. Mas á pesar de la exactitud legal, digámoslo así, de la resolución, no

debe despreciarse, aunque no sea más que como síntoma, la oposición formulada por el Registrador, porque si el fallo de la Dirección en las cumbres del derecho legislado, no perturba en lo más mínimo la apacible serenidad de la ley escrita, el criterio sustentado por el Registrador, considerado en las llanuras de la realidad prosaica, también refleja con mucha exactitud el sentir del hombre práctico en el derecho que no concibe cómo un texto prohibitivo puede confiarse á la sanción individual y meramente interna ó de conciencia del propio interesado. Y en medio de todo, hay que confesar que el raciocinio del Registrador es soberanamente lógico. Lo que hay es que no siempre coincide la lógica de las leyes con la del sentir general, porque á veces éste no atisba ni penetra el pensamiento cardinal del legislador.

Descendiendo ahora á un terreno más práctico, después de esta ojeada crítica en general, observemos que para que una donación comprensiva de todos los bienes presentes, sin reserva de cuota dominical ó usufructuaria suficiente para vivir con decoro, pueda ser tachada de nulidad, requiérese el ejercicio de una acción que habrá de dilucidarse y resolverse en un juicio declarativo ordinario; y como toda acción supone una persona con derecho para ejercitarla, deducimos que sólo podrá promover dicha acción quien ostente la cualidad jurídica de parte interesada. Y he aquí el problema. Tratándose de una donación integral de las comprendidas en el art. 634, ¿quiénes pueden reputarse partes interesadas para solicitar la nulidad? Porque no hay que olvidar que la posibilidad legal de estas donaciones plenas ó integrales presuponen la existencia de un donador sin herederos forzosos, es decir, sin ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge, ya que éste tiene derecho á una cuota usufructuaria que le inviste de la condición de heredero necesario, á tenor del art. 807 del Código civil. Según el art. 1.302, pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal ó subsidiariamente en virtud de ellos; mas este precepto, como nuestros lectores comprenderán, no resuelve el caso, por cuanto en el mero hecho de suponer prestaciones recíprocas, obligaciones mutuas, alude á los contratos sinalagmáticos, pero no á los unilaterales como lo es la donación. Además, aun dando de bueno, y es mucho conceder, que el donador, como único obligado principalmente, salvo en el caso de las donaciones onerosas, tuviera capacidad para ent

blar la acción de nulidad, quedaría el problema en pie, porque de su arbitrio dependería el anular ó consentir una donación otorgada contra ley. Por otra parte, siendo la donación irrevocable, salvo justas causas tasadas por la ley, resultaría inarmónico que el donador repitiese contra la validez de lo ejecutado por sí propio; pero á pesar de la inarmonía, es este último argumento de poco fuste en frente del texto absoluto del art. 634. Lo que sí conviene no echar en olvido es que, sea pertinente ó impertinente la acción de nulidad ejercitada por el donador contra su propia obra, siempre descuella latente la inspiración de los legisladores en el sentido de no coartar con fiscalizaciones judiciales la libérrima facultad de disponer del donante. Y al llegar á este punto resurge la pregunta: ¿Quiénes pueden considerarse personas interesadas para repetir contra la validez de una donación otorgada con quebrantamiento del mandato expreso del art. 634?

La interrogante tiene dos preguntas. El comentarista cuya norma de criterio se cifra y compendia en el texto de la ley, responderá seguramente que sólo pueden reputarse á tal efecto personas interesadas las que en caso de defunción *ab-intestato* heredarían al donador y los que tuviesen algún derecho dependiente de la solvencia del donante; es decir, sus herederos legítimos y sus acreedores por título eficaz y válido en derecho anteriores á la donación; los primeros, porque mediante una donación plena se desvanecerían en absoluto sus espectativas, más ó menos lejanas, pero al cabo dignas de estimación; los segundos, porque una donación de dicho linaje, sin ninguna reserva de bienes, argüiría necesariamente fraude de acreedores, y esto por sí sólo sería bastante para demandar la rescisión, con tanto mayor motivo, cuanto que el art. 643 declara que se presumirá siempre hechas las donaciones en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes suficientes para pagar las deudas anteriores á aquélla.

Mas si se interrogase á un pensador que, desligado de las trabas rigorosas de los preceptos legales, fundamentara sus razones en los principios imperecederos del derecho ultra-legal, respondería con razón que para reclamar la nulidad de una donación contraria á lo dispuesto por el art. 634 deberían reputarse parte interesada todos los individuos en la plenitud de sus derechos civiles, y en representación de la colectividad indiferente que constituye

el mayor núcleo social, y de los ineptos para las relaciones de la vida civil, los funcionarios del Ministerio público.

Y con poco que la atención se detenga, descúbrese el por qué de semejante opinión. Nadie puede dejar de ver en la restricción impuesta por el art. 634 á la libertad de disponer, sino el deseo de favorecer el interés social por aquello que el Rey Sabio, con frase precisa, decía de que *aya de lo que le fincare tanto de lo suyo que pueda bien biuir, de guisa que non aya que demandar lo ageno.*

De las donaciones otorgadas por un donador con ascendientes y descendientes, cabe repetir con Delauriere que siendo las donaciones de derecho estricto y perjudiciales á las familias, no debe concedérseles demasiada extensión. Al cabo la sucesión forzosa reclama que las disposiciones *inter-vivos* se reduzcan en términos que no mermen ni destruyan las expectativas y esperanzan fundadas en un derecho sucesorio necesario; pero todos estos motivos de tanto peso se desvanecen fugitivamente cuando la donación la otorga un individuo desprovisto de herederos forzosos. ¿Puede alegarse en este caso el interés familiar? Claro está que no: mas por encima de la familia singular, digámoslo así, está esa gran familia que denominamos sociedad, si no unida por vínculos estrechos de sangre y simpatías afectivas íntimas, sí por la comunidad de aspiración, y aun por el lazo de la solidaridad universal.

A la sociedad y á su mayor beneficio y prosperidad mira la ley cortando esas exageraciones de la pasión honrada ó innoble que conduce al hombre á desprenderse de todos sus bienes, pasando repentinamente de las cumbres del bienestar ó de la riqueza, á las simas hondísimas de la pobreza y acaso del vicio.

Mas si se trata de un provecho eminentemente social, ¿qué mucho que la acción sea pública y que lo mismo el pariente que el extraño, que el Ministerio fiscal, puedan, ó por su denuncia, ó por su intervención, impedir dilapidaciones que, después de todo, entran en la jurisdicción privativa de la prodigalidad?

Ahora bien: dado el silencio de nuestra ley sustantiva sobre extremo de tanto interés como el apuntado, si á nosotros se nos dirigiese la pregunta de cuáles personas se reputan partes interesadas para pedir la nulidad de una donación en las condiciones extralegales referidas, responderíamos de ambas maneras. Como comentaristas opinamos del mismo modo que ya hemos indicado. Como pensadores desligados de las cadenas de la interpretació

meramente textual, también creemos que la acción debe ser pública.

¡Tenemos tanta predilección por las soluciones claras y despejadas, aun cuando sean extremas, que optamos, ó por la insinuación con todos sus defectos (sistema preventivo), ó por la acción pública con todos sus inconvenientes, que no son pocos (sistema represivo). Al cabo, de uno ú otro modo, al lado del precepto prohibitivo viene: ó la sanción impuesta fatalmente por el imperativo de la ley, ó la posibilidad de la sanción á instancia de cualquier miembro componente de ese todo social que se considera lastimado por la prodigalidad del donador.

Lo que rechazamos es ese sistema entreverado de permisivo y prohibitivo seguido por el Código patrio; porque ni la permisión es tanta que deje libre y sin traba la voluntad del donador, refrenada siempre por el texto del artículo y por la posibilidad de una demanda de nulidad, si se contraviene la ley, ni la prohibición es tan eficaz que no deje un portillo abierto á la dilapidación del donante para desposeerse de todos sus bienes.

***

Para complementar el comentario del artículo y comunicarle esa tonalidad práctica que aún le falta, por cuanto nos hemos detenido acaso excesivamente en el examen de sus precedentes históricos y en la crítica de fondo, vamos á presentar varios casos prácticos, ya que por repetidas experiencias está probado que estudiando sobre el caso vivo, digámoslo así, se desentraña y descubre mucho más que mediante generalizaciones doctrinales: y sobre todo, se llega á percibir el derecho con un sentido de la realidad sumamente útil en la vida jurídica.

Primer problema.—Imaginemos que *A* es dueño de una casa, y además desempeña en propiedad una Cátedra dotada con un sueldo que le permite vivir decorosamente. Sin embargo, *A* no posee otros bienes corporales, por decirlo así, que la susodicha casa. Demos por supuesto que *A* dona la casa á *B* sin reservarse en la misma fracción dominical alguna, ni siquiera cuota usufructuaria. ¿Valdrá la donación? ¿Se cumplirá en este caso el artículo 634? Difícil es la respuesta, porque si de un lado se nos presenta el hecho de que *A* dona todo lo que posee y le es posi-

ble donar, ya que la remuneración de un empleo, aun no percibida y que se disfruta mensualmente, no puede ser objeto de donación; de otro, manda mucha fuerza la circunstancia de que *A* por su posición social y por desempeñar en propiedad un destino remunerado decorosamente, no se ve sumido en la pobreza de improviso.

En la necesidad de adoptar un criterio fijo, una norma que sirva como de tipo comparativo para resolver las variantes que en la práctica vayan presentándose, creemos adivinar el pensamiento del legislador resolviendo el caso propuesto en sentido negativo; es decir, la donación efectuada en condiciones análogas á la prevista, podrá ser tachada de nulidad. La razón primordial que tenemos para opinar así nos la suministra el mismo texto del artículo que comentamos. ¿No dice éste que la donación habrá de contraerse á los bienes *presentes*, dependiendo la posibilidad de una transmisión gratuíta integral de que el donador se reserve de dichos bienes presentes lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias? Pues he aquí la clave que resuelve el caso, porque el sueldo por percibir del Catedrático, el estipendio del actor, el precio del cuadro que pueda pintar un artista renombrado, la estimación económica de la partitura que pueda componer un músico inspirado, los honorarios futuros del Abogado por su intervención en pleitos aún no surgidos; toda esa masa posible de bienes se refiere al porvenir, y en sus lejanías indecisas aún no se perciben los contornos. No son bienes presentes sino venideros y aun diríamos que en el momento de la donación representarían bien poca cosa. Ni aun forzando la inventiva y dilatando el término jurídico *bienes*, podrán conceptuarse como tales ganancias dependientes de la realización de hechos todavía por suceder, y en tal sentido, claro está que no podrían computarse como reserva de la totalidad de bienes donados. La ciencia del Catedrático, la inspiración del músico, el arte del pintor, los conocimientos jurídicos del Abogado, cierto es que representan un patrimonio, por cuanto que su aplicación se traduce en el orden económico por la apropiación de una suma de bienes á cambio de los servicios prestados; pero ese patrimonio puramente intelectual no puede ser objeto de donación, como quiera que, según el art. 634, la reserva dominical ó usufructuaria ha de ser de la misma naturaleza que las cosas dona-

das, como la parte es de la misma substancia que el todo, es llano y evidentísimo que si ese patrimonio espiritual al que antes hemos aludido no puede ser contenido de la donación, tampoco puede serlo de la reserva que el mismo artículo decreta para la decorosa sustentación del donador. Esto era lo que nos proponíamos demostrar, y pensamos haber llevado el convencimiento á nuestros lectores.

Si así no fuese, invadiría el campo del derecho legislado una de las mayores plagas que lo combaten, á saber: el casuismo producido y favorecido por la misma ley y no resuelto ni con criterio uniforme ni en su variedad. Porque si en el mismo ejemplo al que venimos refiriéndonos suponemos, en lugar de un catedrático en propiedad, un empleado de la Administración, sujeto á todos los vaivenes de los cambios de Gobierno, la solución habrá de ser distinta, en relación con la menor estabilidad de dicho empleado. Al tenor de este caso pueden imaginarse ciento, cada uno de los cuales habrá de resolverse de distinto modo. Este grave peligro se ahuyenta aceptando nuestra interpretación.

Mas con todo, si el caso surgiera ante los Tribunales de Justicia, no nos extrañaría que diputasen por válida la donación, no obstante la fuerza lógica de los razonamientos empleados con sujeción estricta al texto legal, porque salvada la intención del legislador, que es la de que el donante no pase repentinamente de la riqueza á la pobreza, quedan hasta cierto punto limadas las cadenas puestas á la libertad dispositiva y gratuíta por actos *inter-vivos*.

Segundo problema.—*A* es propietario de dos fundos; en uno de ellos conserva pleno dominio, el otro le tiene concedido en enfiteusis, y, consiguientemente, sólo conserva el conjunto de derechos y de preferencias, denominado por la tecnología de derecho, acaso con error, dominio directo. *A* dona el primer fundo; ¿valdrá la donación? Respondemos: Si la cuantía del canon enfitéutico alcanza para la subsistencia decorosa del donador, caso hipotético que rara vez sucederá, la donación será válida; si no cubre s atenciones del donante en armonía con su posición social, rá nula, porque nulos son, según el art. 4.° del Código, los ctos ejecutados contra lo dispuesto en la ley.

Tercer problema.—*A* es dueño de los fundos *b* y *c*. El fundo *b* lo

tiene concedido en usufructo temporal y el fundo *c* lo dona á *X* sin reserva dominical ni usufructuaria. ¿Podrá sostenerse con fundamento la validez de la donación? Quizá sea este el caso más problemático de los tres examinados, aun cuando también muy sencillo si con alguna detención se le examina. A la impresión primera, la respuesta que acude á los labios se resuelve por una negación, porque si el donador sólo posee dos fundos, el uno de ellos lo dona integralmente y del otro no puede percibir las utilidades, por versar el supuesto sobre la circunstancia de haber concedido su usufructo temporalmente, ¿qué le resta al donante para subsistir con aquel decoro y bienestar compatible con su posición social y económica en el momento de la donación? Y, sin embargo, al donador le resta la nuda propiedad, la cual indiscutiblemente tiene un valor en venta. Pues he aquí la solución: Si la estimación en venta del fundo concedido en usufructo representa, descontando, claro es, el valor del gravamen, una suma suficiente para que el donador pueda subsistir decorosamente, la donación valdrá; caso contrario, podrá decretarse su nulidad á instancia en forma (demanda) de persona interesada.

No hay para qué decir que en todos los ejemplos propuestos, á los Tribunales ordinarios les incumbe pronunciar la última palabra sobre la validez ó nulidad de la donación, y que en tanto ésta no se impugne por persona que pueda ostentar la cualidad de parte interesada, prevalecerá íntegramente. ¿Pero hará suyos el donatario los frutos y rentas que hayan producido las cosas donadas? Expone el art. 654 que las donaciones que con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas, computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso, pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. ¿Cabrá aplicar esta disposición al caso que examinamos, aunque no sea más que por razón de analogía y dado el silencio del Código respecto del particular? Mucho hemos dudado antes de concretar nuestro pensamiento en el molde de una proposición afirmativa ó negativ- pero por cuanto entre uno y otro caso no descubrimos analo sino disparidad, resolvemos negativamente, y vamos func nuestra opinión. Cuando la donación se efectúa contravinien al art. 636, surge la inoficiosidad; mas cuando tiene lugar e

oposición á lo dispuesto por el art. 634, sobreviene causa de nulidad. La donación inoficiosa es susceptible de reducción después del fallecimiento del donador; la donación nula en modo alguno, porque lo que es vicioso en su origen no puede convalescer, y á convalidar una donación nula equivaldría el otorgarle validez en todo aquello que excediese de la cuota que se estimare suficiente para la decorosa sustentación del donante. La diferencia capital que media entre uno y otro caso muéstrase asimismo por razón del tiempo en que puede repetirse contra la donación. Si ésta es inoficiosa después del fallecimiento del donador, es decir, en el propio instante que perjudica á los herederos forzosos de aquél; si se trata de donación integral ó de todos los bienes presentes, la nulidad puede ejercitarse en vida del donante, toda vez que, dictado el precepto restrictivo en beneficio personal de aquél, carece de fundamento y de motivo después que acaezca el fallecimiento del donador, y consiguientemente la extinción de su personalidad natural y jurídica.

Dadas estas diferencias entre una y otra donación, no procede resolver por identidad de derecho. Pero tampoco se puede echar en olvido que el donatario, mientras la donación subsista, se erige en la condición de poseedor de los bienes donados.

Iniciada la idea, nada más fácil que su desenvolvimiento Nosotros resolveríamos el caso que absorbe nuestra atención por los principios que regulan la percepción de frutos en la posesión de buena ó mala fe. El donatario que disfrute de los bienes donados en la convicción de que el donante se reservó lo suficiente para vivir con decoro, según su posición social y económica, hará suyos los frutos percibidos hasta que se le emplace con la demanda de nulidad, porque no puede dudarse que su posición jurídica es la de poseedor de buena fe, debiendo regir el art. 451 del Código. Así, pues, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos necesarios y mejoras útiles que hubiere hecho ó introducido en los bienes donados y la facultad de poder retener las mejoras voluptuarias ó de puro lujo ó recreo, si la cosa sobre que aquéllas hubieren recaído no padeciese por ello detrimento.

A la inversa: si el donatario aceptó la donación y poseyó los bienes donados á ciencia y conciencia de que el donador se había desprendido de cuantos poseía, quedando sumido en la pobreza, se le reputará poseedor de mala fe; porque el motivo de su

incontinencia é inmoralidad, constitutivas de dicha mala fe, deriva de la ley, y la ignorancia de ésta no excusa. En su consecuencia, una vez anulada la donación, deberá abonar ó restituir los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiere podido percibir, no teniendo otro derecho que el de ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, y el de llevarse los objetos en que los gastos de mero lujo y recreo se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro (art. 455). He aquí nuestro dictamen. No se crea por ello que allá en el fondo de nuestras convicciones asentimos plenamente á la justicia absoluta y, digámoslo así, constituyente de la solución expuesta; pero mientras no se nos demuestre de un modo palmario y sin sombra de duda que una donación concedida contra lo prescrito en el art. 634, ó, lo que es lo mismo, una donación de todos los bienes presentes, sin reserva dominical ó usufructuaria, es susceptible de reducción con arreglo estricto al Código, al modo de las propiamente llamadas inoficiosas, seguiremos manteniendo el expuesto dictamen con tanto mayor motivo, cuanto que el propio Tribunal Supremo, en su antigua jurisprudencia, y entre otras sentencias, en la de 6 de Noviembre de 1866, habla con explicitud de *nulidad* y no de reducción, declarando que para que sea nula una donación por excesiva es menester que al donante no le queden bienes suficientes para vivir, que comprenda todos los que posee, ó se haga para librarse del pago de pechos ó contribuciones; y en la sentencia de 31 de Diciembre de 1888 declara en un considerando que la donación que produzca la insolvencia del donante es revocable (no reductible) con arreglo á la *ley* 7.ª, *tit. XV, Partida* 5.ª, sin más requisito que la prueba de dicha insolvencia, estimada por la Sala sentenciadora, según sus atribuciones.

No son sólo los desenvueltos los casos que en la realidad de la vida jurídica pueden presentarse; pero son seguramente los únicos que pueden levantar algún recelo en ánimos cavilosos. El distinguido tratadista Sr. Navarro Amandi en su conocido *Cuestionario del Código civil*, presenta algún problema puramente imaginario, y, por lo tanto, sin efectividad práctica ninguna. Plantea dicho ilustrado escritor la hipótesis de una donación total, sin reserva de usufructo, pero sí del derecho por parte del donador de enajenar, gravar y empeñar la cosa donada. En

más que sobrado enunciar el caso para venir en conocimiento de que una donación otorgada bajo tales exóticas reservas no sería donación. Asalta, desde luego, á la mente aquel antiguo axioma del derecho consuetudinario francés. «Donar y retener no vale»; pero sin necesidad de recurrir á motivos también un tanto exóticos y fuera de lugar. ¿No es la donación uno de los modos transmisivos, y por ende adquisitivos del dominio? ¿No es la donación *inter-vivos* irrevocable por naturaleza, salvo justos y tasados casos de excepción? Pues siendo esto así, ¿qué trasmisión ni qué irrevocabilidad pueden coexistir con la reserva por parte del donante, de enajenar, gravar y empeñar la cosa donada? Como quiera que el caso descansa sobre la posibilidad de una donación otorgada en la forma aludida, y esta posibilidad hay que descontarla, la consecuencia es llana. No hay caso, ó, por lo menos, dista tanto de lo positivo legal, que se pierde en las nebulosas.

***

Antes de alejarnos de las lindes del art. 634 para proseguir nuestro avance por las sendas que nos ofrece el art. 635, queremos dilucidar una duda que nos sugiere el examen y estudio de la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo; y la llamamos antigua, aun cuando data de los dos últimos tercios del siglo en que vivimos, porque se contrae á nuestro derecho patrimonial, llamado á desaparecer bien prontamente hasta en sus últimos vestigios, que aún hoy palpitan bajo la envoltura de alguno que otro litigio.

Habla la *ley 6.ª, tit. IV de la Partida 5.ª* de las donaciones que se hacen con alguna postura, es decir, de aquellas transmisiones de bienes por actos *inter-vivos* que no son gratuítas substancialmente, por cuanto imponen al donatario el cumplimiento de algún servicio ú obligación, incumplidos los cuales el *donadio* puede revocarse. Así se desprende de los siguientes conceptos: «*Otro si dezimos que dando un ome a otro viña, o huerta, o eredad, o otra cosa qualquier en esta manera, diziendo señaladamente quando faze aquella donacion que daua aquella cosa, porque de los frutos que saliesen della diesen cosa cierta a algunos omes para gouierno o para sacar catiuos o para otra razon semejante destas, si aquel que recibe assi el donadio cumple aquello porque gelo dieron, vale la donacion, e*

si no lo cumple bien lo puede reuocar.» Estas son las donaciones llamadas á *cierta postura*, que se corresponden con las calificadas de onerosas por nuestro Código, en cuyas donaciones, la mutualidad de servicios oscurece el elemento gratuíto, prestando brillo y realce al elemento contractual é interesado que en ellas predomina, porque, como dice con mucha verdad el Rey Sabio en la propia ley cuyo fragmento hemos insertado, «*Por cierta cosa e por señaladas razones se mueuen los omes a las vegadas a fazer donaciones a otros, que si por ellos no se mouiessen por auenturas non farian las donaciones*».

El Tribunal Supremo tiene sentado en varias sentencias, y entre otras en las de 21 de Noviembre de 1846, 4 de Mayo de 1872, 28 de Mayo de 1863, 14 de Enero de 1868 y 8 de Octubre de 1889, la doctrina de que no puede considerarse como donación de todos los bienes aquella que no es *simple*, sino de las llamadas por la ley de Partida á *cierta postura*, y que como tal impone obligaciones á favor del donante, cuya falta de cumplimiento la hacen revocable. De una sentencia de 30 de Diciembre de 1867 parece deducirse que no es preciso que las obligaciones impuestas al donatario refluyan en beneficio ó provecho personal del donador, para que la donación deje de reputarse universal, porque lo que la ley Recopilada *(69 de Toro)* únicamente prohíbe es la donación *simple*, pero no las *á cierta postura*.

¿Es compatible la doctrina de la jurisprudencia con el rigor textual del Código civil? Creemos que no. Las donaciones á cierta postura de la antigua ley de Partidas implicaban una especie de compensación entre la liberalidad otorgada y el servicio impuesto, cuya reciprocidad de prestaciones venía á destruir la nota de pura y simple que en la donación universal había de concurrir para su nulidad. Así por lo menos hubo de opinar el Tribunal Supremo respecto de la lacónica *ley 69 de Toro*. Hoy, según el texto del art. 634, no es lícita esta compensación, siquiera el servicio ú obligación pecuniaria impuesto al donatario recaiga en provecho personal del donador, porque la condicional *con tal que*, empleada por el artículo, destruye esa licitud. Además, la reserva en plena propiedad ó usufructo es un sustraend que amengua la totalidad del patrimonio transmisible, y, por l tanto, borra la posibilidad de una donación universal á la ma nera como las sentencias citadas las hubieron de autorizar.

Y tan exacto es esto que decimos, que si suponemos un donador que transmita al donatario cuanto posea con la condición de que este último le suministre frutos ó rentas en cantidad bastante para su decorosa subsistencia, observaremos ante todo que en dicho supuesto se encubre un contrato de renta vitalicia bajo la vestidura de una donación. Pero además, aun dando de bueno que, con efecto, la naturaleza jurídica de semejante pacto fuese la de donación, siempre resultaría que se trataba de una donación con condición, pero no de una donación con reserva de bienes ó de usufructo.

Pensamos, por tanto, que la doctrina sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de que las donaciones onerosas ó á *cierta postura* no pueden estimarse universales, considerada esta universalidad pura y simplemente, es incompatible con el texto y espíritu del art. 634, que, prescindiendo de estos rigorismos doctrinales y buscando algo más práctico y positivo, ordena imperativamente con la fuerza abrumadora de una condicional explícita y clara, que si la donación integral quiere galardonarse con la gala de la validez legal, ha de ser siempre que, *con tal que* el donador *se reserve* en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

***

Secuela del art. 634 es el 635. Si aquél se refiere á la donación de los bienes presentes, éste lo complementa preceptuando que la donación no podrá comprender los bienes futuros, y aclara el concepto de estos últimos exponiendo que por tales se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. Opina algún tratadista francés, Bigot, Jaubert, Marcadé, por ejemplo, que la prohibición de donar bienes futuros es una derivación jurídica de la irrevocabilidad de las donaciones. Ciertamente no van descaminados dichos escritores porque allá en su fondo la idea de que parten es exactísima. Dándole mayor claridad al concepto, opinamos nosotros que la restricción establecida por el art. 635 respecto de los bienes llamados futuros, es un efecto de toda transmisión por actos *inter-vivos*.

Para transmitir es preciso, ante todo, disponer; la cosa inexistente, futura, incierta, la mera posibilidad de traspasar en el

día de mañana el dominio de una cosa ó de un derecho todavía no creado, ó no surgido, no pueden constituir válidamente el objeto de una transmisión, bien ésta se realice á título oneroso ó lucrativo. Precisamente á este principio responden el art. 1.445, al exigir en el contrato de compra-venta (transmisión *inter vivos* onerosa) que la cosa que se vende sea *determinada*, y el artículo que comentamos, al prohibir que la donación (transmisión *inter-vivos*, lucrativa) pueda comprender los *bienes futuros*. Y, en nuestro sentir, la explicación es llana y sencilla; porque en las transmisiones hereditarias, propiamente tales, es cierto que se sucede en los bienes del difunto, pero lo es también que por una ficción del derecho se subsigue en la personalidad, corrimiento ó sucesión de la personalidad que no se encuentra ni en la *donatio* ni en la *emptio venditio*.

Tal es, en nuestro sentir, el núcleo fundamental del artículo, la simiente generadora del precepto. Y es de notar que la propia idea, aun cuando desenvuelta bajo distintos aspectos y condicionada, claro está, por las singularidades formalistas de su derecho, la vemos germinar en Roma hasta la época Justiniánea, en la cual, borradas las restricciones por el influjo del elemento espiritualista, digámoslo así, rompe los antiguos cauces y se ensancha y esparce inconsideradamente. Paulo, en los Comentarios al Edicto, § *1.º*, *Regula 167 de Regulis iuris* (Dig.), dice: *Non videntur data quae eo tempore, quo dentur, accipientis non fiunt.* Es decir: No parece que se dió lo que al tiempo que se entregó no se hizo del que lo recibió; concepto que se corresponde con este otro de Juliano, § *6.º*, *ley 2.ª*, *De donationibus:* «*Sed si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferiet, et ante mortuus erit, quam ad me perferat, non fieri pecuniam domini mei constat.*»

Y hemos dicho que ambos textos se corresponden porque uno y otro nos demuestran que en Roma la donación se perfeccionaba con la entrega de la cosa donada, lo cual impedía que aquélla pudiera recaer sobre bienes futuros. Mas en la época Justiniánea, y una vez que se estableció que la tradición no confirmaba la donación (1) y que ésta se perfeccionaba por el consentimiento, quedaron autorizadas las donaciones de bienes futuros.

---

(1) *Codex, lib. VIII, tit. LIV, lib. 35*, § *5.º*—... *quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem*

Algo obscura sobre el particular ofrécese la legislación de Partidas en sus *leyes 7.ª y 8.ª, tít. IV de la 5.ª*, porque aparte de que no distinguen entre bienes presentes y futuros, más bien parece, como hace notar muy perspicazmente Goyena, que quisieron referirse á los bienes presentes al hablar *de todo lo que ouiere, de todo lo suyo*.

También el derecho francés mostróse rebelde á tolerar la donación de bienes futuros, inspirándose en el deseo de conservar sin merma los patrimonios familiares. Y tan exacto es lo afirmado, que de la antigua máxima del derecho consuetudinario *donner et retenir ne vaut*, deriva Troplong el por qué del art. 943 del Código napoleónico. Troplong exprésase del modo siguiente: La razón estriba—dice—en que con repecto á los bienes futuros el donante no puede efectuar la *delivrance* ni real ni mediante una ficción. Además, teniendo el donador la libertad de adquirir ó de no adquirir, y una vez lograda la adquisición, de vender ó consumir en deudas las adquisiciones hechas, queda en libertad de tornar inútil la donación, y esto es completamente opuesto á los principios que regulan la donación *inter-vivos*, y según los cuales ésta debe ser invariable y compuesta de cosas ciertas, susceptibles de ser transmitidas y entregadas al donatario.

Conocido el fundamento, la filosofía del artículo, examinemos su influjo en las distintas legislaciones civiles hoy vigentes.

Prescindiendo del Código napoleónico, al que ya anteriormente nos hemos referido, y que fué el primero que sancionó la prohibición, observamos que han adoptado su doctrina el Código portugués, art. 1.453, el cual decreta asimismo que en la donación no se comprenden los bienes futuros, y que por éstos se entienden aquellos que no se hallan en poder del donante, ó á los que no tiene derecho al tiempo de la donación; el Código italiano, art. 1.064, á cuyo tenor la donación no puede comprender más que los bienes presentes, y si contuviese bienes futuros se reputará nula respecto de éstos; el Código chileno respecto de las donaciones á título universal, art. 1.409; el Código de Méjico,

---

lenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessa-ius traditionis efectus sequatur, et necessitatem habeat donator om-modo res vel partem vel substantiae quam nominaverit vel totam ubstantiam tradere.

artículo 2.714, y el de Guatemala, art. 708, entre otros que no mencionamos por no hacer más extensa esta enumeración. No es menos digna de ser notada la unanimidad de los Códigos civiles europeos en aceptar doctrina tan jurídica y lógica cual la de la prohibición de donar bienes futuros, como la astucia con que esquivan abordar el problema que inmediatamente se presenta, es á saber: ¿qué se entiende por bienes futuros? Despejando esta incógnita, el artículo queda comentado.

Los Códigos que con más explicitud se conducen son los de Portugal y España, y como no podía ser menos, coinciden en la expresión de la idea casi hasta con las mismas palabras. Pero ni el concepto de bienes futuros, tal como se desprende de la definición del Código portugués, ni el que formula nuestro Código, son lo suficientemente claros y perfectos para disipar las dudas. Sobreponiéndose al valor técnico de las palabras que tanto refrenan la idea en su exteriorización, y leyendo más que con los ojos del rostro, con los del entendimiento, es indiscutible que el derecho lusitano lleva ventaja al Código patrio.

No puede asegurarse rigorosamente qué bienes futuros son los no producidos al tiempo de la donación, aunque haya en dicha regla mucho de verdad; porque bienes no producidos son, por ejemplo, los frutos que un jardín ó un huerto rindan el año venidero, y aun cuando pensamos que la incertidumbre ensombrecería un tanto la solución, no por esto reputaríamos nula semejante donación, porque al cabo el fruto es como accesión del fundo, y subsistiendo lo principal no cabe duda que debe prevalecer y reputarse válida la cesión de lo accesorio. Además, ¿puede ponerse en tela de juicio que el propietario de un fundo tiene un derecho perfecto para disponer de los frutos que un predio produzca en años sucesivos? Lo que no podrá el donante es entregar los frutos hasta que aparezcan en el árbol, arbusto ó tallo; pero esta objeción fuera buena si aún prevaleciese el criterio romano, de que la donación se perfeccionaba por la *traditio* de la cosa donada, y no fuese en cambio un canon indiscutible el que se perfecciona por el consentimiento del donador. Pero sobre todas estas razones campea otra abrumadora. ¿No puede constituir el contenido de la donación un derecho real cualquiera? ¿No es lícita y legal la donación del usufructo de un fundo? Pues con la misma razón cabría la donación del derecho á percibir cier

tos y determinados frutos por un año, por dos, porque en este pacto unilateral va comprendido un como á modo de usufructo temporal, garantizado, si el donador dispusiere del fundo sin cumplir sus compromisos, con el derecho á reclamar la oportuna indemnización. Y he aquí bienes futuros en el rigor léxico del vocablo, que no deben conceptuarse tales según la tecnología jurídica, sobre todo á los efectos del artículo que comentamos. La laxitud y relatividad empleadas por el Código para traducir, digámoslo así, el concepto de bienes futuros, haciéndolo asequible á la vida práctica del derecho, se demuestra aún más palpablemente fijándose en el caso de la prenda. Los bienes pignorados en garantía de una obligación cualquiera son, qué duda cabe, bienes presentes, tanto porque su producción ya ha tenido lugar, cuanto porque existen y pertenecen al deudor, revelando su existencia el hecho mismo de haberse constituído en resguardo y aseguramiento real de una obligación. Mas como el Código asigna como característica de los bienes futuros la de que el donador no pueda disponer de dichos bienes al tiempo de la donación, síguese en puridad de lógica que los bienes pignorados, á pesar de que por su naturaleza física son bienes presentes, por su naturaleza jurídica y ciñéndose estrictamente á la letra del art. 635, más bien deben reputarse bienes futuros. Esta contraposición de ideas dentro de un mismo concepto revela lo que hace poco expresábamos, es á saber: la necesidad, si no de distanciarse de la definición expresada por nuestro Código, sí de ampliar su contenido esclareciéndola.

El Código lusitano abarca, como hemos visto, bajo la denominación de bienes futuros, no solamente aquellos á los cuales el donador no tenga derecho al tiempo de la donación, sino asimismo aquellos otros que no se hallasen en poder del donante. Dentro del primer término de esta división hállanse comprendidos, como es consiguiente, los bienes futuros propiamente tales, al tenor de nuestro Código. El segundo término se refiere, no á los bienes que el donante no tenga en su poder, porque de apurar el rigor de la interpretación literal hasta un extremo de férrea inflexibilidad, llegaríase, v. gr., al absurdo de que el fundo ó la cosa mueble del donador poseído precariamente por un tercero, á virtud de la mera tolerancia de aquél, no serían susceptibles de donación, tan sólo porque la retención precaria del ter-

cero privaba al legítimo dueño de su tenencia material. No. El Código portugués, con el segundo concepto del inciso único de su art. 1.453, ha pretendido referirse á aquellos bienes que, cual los pignorados en garantía del cumplimiento de una obligación, aun perteneciendo al donador, no puede éste trasmitirlos libremente sin lesionar el mejor derecho de un tercero.

Sólo así es lícito traducir la literalidad del texto portugués, ya que de otra suerte incidiríase en el error de descontar de la categoría de bienes donables, los poseídos precariamente, los dados en depósito y aun los mismos bienes raíces concedidos en usufructo, siquiera, claro está, cuando la donación de estos últimos se efectúe, habrá de sobreentenderse con la carga del supradicho derecho real.

Contamos ya, pues, con los elementos necesarios para reconstruir el concepto de bienes futuros, si no en la condensación singular de un solo enunciado, de una sola suma, sí en la determinación cuantitativa de cada uno de los sumandos que en el pensamiento del legislador han contribuído á formar el artículo que en estos momentos comentamos. Este procedimiento discursivo y expositivo acaso no sea tan científico, pero indiscutiblemente es más práctico.

Por consecuencia de todo lo expuesto, reputamos bienes futuros á los efectos de su imposible transmisión por título gratuíto *inter-vivos:*

a) Los bienes no producidos al tiempo de efectuarse la donación y cuya producción dependa de la actividad individual del donador. Así, v. gr., los sueldos futuros del donante, los honorarios por devengar, las obras de arte por ejecutar, los libros por escribir, etc.

b) Los bienes producidos, pero respecto de los cuales no ostente el donante al tiempo de donar el derecho de libre disposición; como, v. gr., los bienes de ajena pertenencia, los no adjudicados por título legítimo, los bienes litigiosos.

c) Los bienes producidos y propios del donador, pero afectos á la solvencia de un crédito preferente. En rigor, estos últimos no deben conceptuarse bienes futuros, sino bienes presente donados en fraude de acreedores.

Tal es el concepto cuya investigación nos ha ocupado, pero en buenos principios jurídicos y para corroborarlo más, fijémo-

nos, por ejemplo, en los bienes litigiosos. *A* viene poseyendo con buena fe y justo título el fundo *X*. Antes de prescribirlo positivamente, *B* plantea la reivindicación de dicho fundo, y versando la demanda sobre la propiedad de un bien raíz, la anota en el Registro correspondiente. Aquí, por lo que respecta á *A*, no hay caso ni problema, porque mientras no se pronuncie ejecutoria continuará poseyendo, aun cuando la posesión se interrumpa á los efectos de la prescripción, y en su consecuencia, podrá donar el fundo *X*, siquiera el donatario al subrogarse en el lugar del donante quede sometido á la restitución del predio si el reivindicante venciese en la contienda.

Pero volvamos por pasiva el supuesto. *B*, reivindicante, ¿podrá disponer por título de donación del fundo *X*? Respondemos negativamente; mas *B* podrá donar su acción reivindicatoria, ya que del fundo objeto de la reivindicación no puede disponer mientras una sentencia firme no sancione su dominio legítimo; pero la acción representa un derecho actual y no futuro, un bien presente en el más amplio concepto de la palabra, una espectativa de derecho sobre el dominio del fundo, cuya efectividad depende del éxito del pleito. Es, por tanto, inconcuso que los bienes litigiosos no pueden ser donados por aquel que aspira á su dominio. Mas, entiéndase con claridad: bien litigioso no es toda cosa afectada por un litigio, v. gr., una cosa embargada en seguridad de un crédito, sino toda cosa en cuanto el pleito verse sobre el dominio de la misma; porque solamente el dominio lleva consigo la facultad de disponer, y á esta facultad es precisamente á la que alude el art. 635 para apreciar jurídicamente la cualidad de bienes futuros.

***

La tercera de las limitaciones que pesan sobre la donación es la de que ninguno podrá dar ni recibir por dicho título más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

Es decir, que las cuotas legítimas, no sólo rigen imperiosamente después de la muerte del testador, sino que aun durante su vida gravitan sobre la facultad de disponer por título gratuíto, reduciéndola á los mismos límites que las disposiciones *mortis causa*.

Así, v. gr., el ascendiente no podrá disponer por donación en beneficio de una persona extraña, sino del tercio libre, puesto que los dos tercios restantes constituyen la cuota asignada por la ley para legítima y mejora.

El descendiente no deberá donar en obsequio de otra persona que no sea su ascendiente, sino la mitad de sus bienes.

Si excediesen las donaciones de dicha medida, serán inoficiosas en el exceso. Mas téngase en cuenta que la inoficiosidad no se computa sino después del fallecimiento del donante. Así lo expresa el art. 654, verdadero complemento del 636. Las donaciones, dice, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 636 sean inoficiosas, computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; *pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.*

Debiéndose tomar como base para la oficiosidad ó inoficiosidad de las donaciones, el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, y siendo esto un enigma indescifrable, porque nadie es capaz de prever las contingencias futuras, ya que el don de la profecía fué patrimonio de los tiempos bíblicos, nótase patentemente la falta de un tipo fijo para determinar la licitud de la donación al tiempo de otorgarla.

Siendo esto así, parécenos lo más razonable que, tomando el donador por norma el valor líquido de sus bienes al tiempo de otorgar la donación, se conduzca de la propia suerte que si redactara su testamento, sin olvidar estas reglas:

Primera. Que las donaciones á extraños no excedan nunca del tercio del caudal ó menor suma, toda vez que, al tenor del artículo 819, las donaciones hechas á extraños habrán de imputarse á la parte libre de que el testador hubiere podido disponer por su última voluntad.

Segunda. Que las donaciones hechas á los hijos se consideran como anticipaciones de la legítima, y en ella se les imputan al tiempo de liquidar, partir y adjudicar la herencia paterna, y

Tercera. Que las donaciones hechas á los hijos por contrat *inter-vivos* no tienen el carácter de mejora, si el donante no hac constar de un modo expreso su voluntad de mejorar.

ART. 637. Cuando la donación hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Concordancias.—Análogo á los artículos 955 y 1.256 del proyecto de Código de 1851 é igual al 636 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo cuyo comentario comenzamos tiene por *principal* misión la de expresar que en las donaciones conjuntas no se da el derecho de acrecer, á menos que el donante hubiese dispuesto otra cosa.

Lo *secundario,* aun cuando en el texto aparezca en primer término, es el principio por cuya virtud la donación hecha á varias personas conjuntamente se entiende adjudicada por partes iguales.

Ya en el art. 955 del proyecto de 1851, tomándolo del Código de Baviera, se mencionó la regla de que cuando la donación fuese conjunta no gozase ninguno de los donatarios del derecho de acrecer; y Goyena añadió por cuenta propia que el precepto era hasta cierto punto innecesario en el título de las donaciones, porque el derecho de acrecer nunca tuvo lugar en los contratos, sino en las últimas voluntades. Sin duda teniendo esta observación en cuenta, y para paliar la censura, los autores del proyecto de 1882 reformaron la redacción, principiando por consignar una regla de adjudicación todavía más innecesaria, por cuanto entra en la categoría de lo elemental. Vulgarísimo es que cuando en la propiedad de una cosa concurren varias personas sin asignación de partes, se sobreentiende igualdad en las cuotas.

Tiene este principio tal fuerza, que ha sido erigido en presunción fundamental de toda comunidad de cosa ó derecho; y por esto el art. 393 dice que se presumen iguales mientras no se

pruebe lo contrario, las porciones correspondientes á los partícipes en la comunidad. Esta *presumptio* generalizada, ó, dicho con más corrección, convertida en regla de partir y adjudicar, es, después de todo, la que se contiene en el art. 637.

Cuando se dona una sola cosa á dos ó más personas, descúbrense los elementos característicos de la comunidad, es á saber: unidad de objeto y pluralidad de sujetos; de aquí que la presunción que necesariamente ha de informar la distribución de las cuotas es la de la igualdad más estricta.

Mas la conjuntividad de las donaciones reviste un doble aspecto porque no se nos presenta tan sólo cuando existe una comunidad perfecta, sino cuando concurren pluralidad de sujetos y pluralidad de objetos con tal que el donador no haya hecho especial asignación.

Pondremos un ejemplo: *A* dona á *B, C, D* y *E* veinte mil pesetas en centenes sin determinar la parte ó cuota que á cada uno habrá de adjudicársele.

En este caso tendremos pluralidad de sujetos y pluralidad de cosas, porque cada centén de oro representará una unidad monetaria perfectamente distinta de las demás. ¿Será conjunta la donación? No cabe duda, porque ha sido hecha á varias personas sin asignación de cuotas. ¿Qué regla deberá regir? La del artículo 637; es decir, cada uno de los mencionados *B, C, D* y *E* percibirá una suma igual de cinco mil pesetas en centenes.

Otro caso: *A* dona una casa en Segovia á *B, C, D* y *E*. He ahí ya un ejemplo típico de condominio. ¿Podrá ser calificada de conjunta dicha donación? Debemos responder afirmativamente; y en el condominio creado, cada uno de los condóminos representará una cuota igual; de suerte que si los copropietarios se ponen de acuerdo y venden la casa para partir con más comodidad, cada uno de ellos tendrá derecho á una porción igual del precio.

De lo expuesto se desprende que la conjuntividad por lo que afecta á las donaciones no reside en la comunidad, ó dicho en otros términos, en la unidad indivisa de la cosa, sino en la no asignación de cuotas ó partes, siquiera concurran, como hemos demostrado, pluralidad de cosas y sujetos.

Dos elementos característicos nos ha puesto al descubierto el análisis de la conjuntividad en las donaciones, es á saber:

1.° *Pluralidad de sujetos.*

2.° *No asignación de cuotas.*

¿Pero basta la coexistencia de estos dos elementos para que una donación pueda calificarse de conjunta? En nuestro sentir, no; falta el requisito más fundamental, el que integra, por decirlo así, la conjuntividad; *la unidad de acto ó de tradición si se tratare de donación verbal, ó la unidad instrumental cuando la cosa donada fuese raíz, ó siendo mueble, se verificase por escrito.*

Si nos atenemos rigorosamente al texto del art. 637, hay que confesar que este tercer requisito no se deduce de la letra del precepto, por cuanto se limita, al igual que sus congéneres de los Códigos de Portugal y Méjico, á consignar que el derecho de acrecer no rige en las donaciones conjuntas, á menos que el donador hubiese dispuesto los contrario. Mas ¿qué importa que el Código no lo mencione expresamente si así lo exige la naturaleza jurídica de la conjuntividad?

La unidad de acto ó la unidad de documento, en sus respectivos casos, implica necesariamente la unidad de donación. ¿Y qué duda cabe que si diversificamos la voluntad del donador en otras tantas manifestaciones documentales como personas, resultarán el mismo número de donaciones que sujetos, pero no una donación conjunta? Imaginemos el caso más dudoso, v. gr., *A* dona por el instrumento *a* la tercera parte de un fundo á *B*, por el instrumento *b* la otra tercera parte á *C* y por la escritura *c* el resto á *D*.

En este ejemplo, el donador *A*, por virtud de tres donaciones diferentes, habrá creado el condominio de un fundo en favor de los tres donatarios *B*, *C* y *D*.

Habrá comunidad; pero, ¿es factible sostener que se trata de una donación conjunta? En manera alguna. La comunidad de cosas puede coexistir con la conjuntividad de la donación, pero no son idénticas. Tienen de común en sus elementos integrales la pluralidad de sujetos, pero se diferencian en la no asignación de cuotas y en la unidad de acto ó instrumento, representado en la *communitas* por la unidad de objeto.

El Código napoleónico, al ocuparse de los legados conjuntos (artículo 1.044), dice que el legado se considerará hecho conjuntamente cuando lo sea por una sola y misma disposición, y cuando el testador no hubiese designado la parte de cada uno de los colegatarios en la cosa legada.

Este precepto lo consideramos aplicable, claro es que por su doctrina, en el derecho español. Una donación, un solo título, bien sea instrumental, bien documental simple; y como quiera que la donación conjunta no arguye pluralidad de donaciones, porque entonces desaparecería la conjuntividad, sino una sola donación á varios donatarios, de aquí que, no obstante el silencio del artículo que comentamos, consideremos inexcusable dicho requisito. Además, la letra del precepto así parece revelarlo: «*Cuando la donación*, es decir, una sola donación, *hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente.*»

***

Dos excepciones admite el artículo.

Primera. Que el donador hubiere dispuesto que el derecho de acrecer se dé entre los co-donatarios.

Segunda. Las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer: pero aun en estas donaciones campea victoriosa y por encima del texto legal la voluntad del donador.

ART. 638. El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.

Concordancias.—Análogo al art. 956 del proyecto de 1851 y al 637 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Si algún artículo hay en el Código claro y preciso hasta el extremo de rechazar el comentario, éste es el 638.

Sobre dos principios cardinales que le sirven de armazón hállase construído.

Primer principio.—Mediante la transmisión de la cosa donada, el donatario se subroga en todos los derechos del donante.

Segundo principio.—La acción de saneamiento y la responsabilidad que va anexa sólo se da en los contratos onerosos.

Ya en el proyecto de 1851, art. 956, hubo de exponerse una doctrina análoga.

De aquí pasó al art. 637 del proyecto de 1882, hallando definitivo aposento en el art. 638 que comentamos.

Dice Goyena, con referencia al proyecto de 1851, que en el fondo concuerdan el art. 956 con la *ley 18, § 3.°, Dig., De donationibus.*

La expresada ley es como sigue: *Labeo ait, si quis mihi rem alienan donaverit inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionen contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.* Esto es: Labeon dice que si alguno me donase la cosa ajena é hiciese en ella grandes gastos y la recuperase su señor, no me compete acción alguna contra el que donó; pero si lo hizo con dolo, se me dará contra él esta acción. Rigurosamente hablando, entre la ley del Digesto transcrita y el art. 638 del Código civil español no existe semejanza por su fondo: media sólo cierta relación que reconoce por motivo el inspirarse ambos textos en la idea de desembarazar al donador de todo linaje de responsabilidades. Según la ley romana, el que donó la cosa ajena, de *bona fides,* que tanto monta *sine dolo,* aun cuando el donatario realizase en aquélla mejoras y luego la recuperase su legítimo dueño, no contrae responsabilidad alguna, y en su consecuencia, el donatario carece de acción contra el donador por el valor de los gastos. Este principio de la irresponsabilidad del donador es el que se refleja en el artículo comentado por lo que respecta á la acción de saneamiento; pero nótese que en la hipótesis romana la indemnidad del donante deriva de su buena fe al donar la cosa ajena, y en el supuesto del Código patrio de la condición gratuíta de la *donatio.* No hay, pues, paridad, siquiera se perciba cierto aire de familia.

El donatario, dice el art. 638, *se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante.* Es decir,

si por una sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la compra por el donador de la cosa donada, el donatario la perdiese en todo ó en parte, podrá repetir de evicción contra el que vendió la cosa al donante, puesto que se subroga en lugar de éste.

Tal es en substancia el artículo.

Requiérese, por lo tanto, para que la evicción pueda tener lugar, que el donador haya adquirido la cosa por título oneroso. Si *A*, v. gr., compra un fundo á *B*, y luego lo dona á *C*, y más adelante *D* lo reinvindica de manos de *C*, *B* tendrá derecho subrogado en lugar de *A* á repetir como eviccionante contra *B* vendedor, eviccionado.

Mas si el fundo vino á manos de *A* por título gratuíto, v. gr., donación, testamento, no habrá lugar á la evicción.

Como quiera que la evicción se ejercita por subrogación del donatario en lugar del donador, donde hay que buscar la posibilidad jurídica de dicha demanda es en la relación de derecho que dió margen á que el donante adquiriese la cosa donada.

Prosigue el art. 638: *El donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuese onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.* El precepto no puede ser más lógico. Es axiomático que el saneamiento no se da en los contratos gratuítos; luego, *á sensu contrario*, es indiscutible que se da en los contratos onerosos. He ahí toda la clave.

Cuando la donación es pura, el saneamiento queda eliminado; á la inversa, cuando la donación es onerosa, es decir, cuando han mediado prestaciones recíprocas, el donante deberá responder hasta la concurrencia del gravamen, ó lo que es lo mismo, hasta nivelar ambos factores onerosos. Una vez obtenida la nivelación, y depurado el elemento gratuíto, éste se rige por el principio jurídico antes expuesto y consagrado por varias sentencias del Tribunal Supremo, y entre otras, por la de 31 de Mayo de 1879 y la de 20 de Marzo de 1884.

ART. 639. Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, ó de al-

guna cantidad con cargo á ellos; pero si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado.

Concordancias.—Igual al art. 957 del proyecto de 1851 y al 638 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 640. También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781 de este Código.

Concordancias.—Igual al art. 958 del proyecto de Código de 1851 y al 639 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 641. Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de solo el donador para cualquiera caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Concordancias.—Igual la primera parte al art. 959 del proyecto de Código de 1851, é igual al 640 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part. 5.ª, tit. IV, ley 7.ª—(Véanse los precedentes del art. 621.)*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 639, 640 Y 641.—Una razón de afinidad, digámoslo así, enlaza los tres artículos en la unidad de un solo comentario. Nótese que, tanto el 639 como el 640 y el 641, denotan facultades del donante, posibilidad de restringir la donación con ciertos privilegios exclusivos del donador y nacidos, como es consiguiente, de la expansión jurídica que va anexa á toda transmisión gratuita por actos *inter-vivos*. Quien se despoja de sus bienes sin recibir en cambio ningún precio, cosa ó servicio, justo es, mirado así á simple vista, que pueda reservarse alguna prerrogativa sobre los mismos bienes donados. Quien cede el todo puede ceder la parte, porque *in toto et pars continetur*. En la integridad de una donación, la reserva por el donador de cierto derecho representa la donación de la parte, bien con respecto á la cosa, bien con respecto al tiempo, en cuyo caso surge la teoría de la reversión, y con ella el usufructo temporal.

***

I. *Reserva de la facultad de disponer de algunos de los bienes donados.*

La primera de las reservas que el donador, en el uso de su derecho, puede hacer, consígnala el art. 639 diciendo así: *Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados ó de alguna cantidad con cargo á ellos.*

Compréndese desde luego que la reserva debe consignarse en la escritura ó documento privado por el que la donación se solemnice y perfeccione, desde el punto de vista meramente formal, y también es, en nuestro sentir, indiscutible, que el donante ha de determinar con precisión el bien cuya disponibilidad se reserve ó la suma de que podrá disponer con cargo á los bienes.

Habrán observado nuestros lectores que el Código autoriza al donador para reservarse *algunos*, no la totalidad de los bienes donados, y la explicación no puede ser más sencilla. Si la reserva abarcase la totalidad, entonces no habría contrato transmisivo, y, por ende, no habría donación. En su lugar nacería un verdadero usufructo inestable y condicionado, no por la duración de la vida del usufructuario, sino por la libérrima voluntad del donante que, en uso de su derecho, dispusiere de los bienes á los cuales se extendiese la reserva. Ante el temor de que la idea que

acabamos de exponer no resulte todo lo clara que nosotros deseamos, ampliaremos el razonamiento. En el dominio de todo bien, mueble, raíz ó semoviente, se contienen tres elementos jurídicos, á saber: la substancia, el uso y el fruto. Cuando se descompone por disgregación el dominio, v. gr., en el usufructo, conserva el propietario el derecho á disponer de la substancia dominical (nuda propiedad), y el usufructuario adquiere, siquiera sea temporalmente, el uso de la cosa y la percepción y aprovechamiento de los frutos. Fijémonos en lo que ocurre en una donación otorgada con la reserva de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados. Mientras el donante no haga uso de su derecho, el donatario conserva en su poder la cosa donada, la usa y percibe sus productos; si es un fundo rústico, recogiendo las cosechas, las frutas de los árboles; si es urbano, cobrando y haciendo suyas las rentas. Mientras esta situación jurídica prevalezca, ¿qué derecho conserva el donador? El derecho eminente del propietario, la nuda propiedad, la posibilidad de restituir á su uso y disfrute propio la cosa dada en donación. ¿No existe cierta paridad entre el caso previsto por el art. 639 y la situación de derecho que por el usufructo se crea? Por esto hemos dicho antes, y repetimos ahora, que la reserva tolerada por el artículo que comentamos erige al donatario en usufructuario de los bienes reservados.

Esta reserva restringe la donación, se erige en gravamen, es algo así como una condición resolutoria dependiente de la voluntad del donador, espada que se halla suspendida sobre los derechos del donatario, pronta á caer y á cortarlos á impulso de cualquier accidente: el capricho, la necesidad, el enojo, etc.

La reserva de alguna cantidad con cargo á los bienes donados si éstos son inmuebles, ¿qué es después de todo sino una garantía hipotecaria, máxime si al inscribirse la transmisión en el Registro de la Propiedad se hace constar la suma por la que responden los bienes donados? ¿No se convierte el donatario en deudor? ¿No responden los bienes, puesto que con cargo á ellos se pacta la reserva? Pues ¿qué hay aquí sino un contrato principal de mutuo garantido con el accesorio de hipoteca, si se tratase de bienes raíces, y con obligación personal del donatario si de muebles? Y decimos obligación personal si los bienes fuesen muebles, porque si admitimos la garantía prendaria, como quiera que ésta

arguye la posesión de los bienes pignorados por el acreedor, convertiríase la donación en ilusoria, toda vez que aun el uso y disfrute serían imposibles.

Obsérvese, pues, la variedad de estados jurídicos que el artículo entraña. Si la reserva es de la facultad de disponer, el donatario se trueca por lo que respecta á los bienes reservados en usufructuario de los mismos, el término de cuyo usufructo pende del arbitrio del donante. Si la reserva es de cantidad con cargo á bienes raíces, el donatario se convierte en deudor con garantía hipotecaria, tan perfecta y plena cuanto adquiere por la donación el dominio de la cosa donada. Si la reserva es de cantidad, pero con cargo á bienes muebles, el donatario se erige de igual modo en deudor, pero tan sólo por obligación personal.

Artículo que tantos cambiantes presenta según la faceta por donde se le contemple, ha de ofrecer en su aplicación dudas y dificultades. La práctica se irá encargando de presentarlas y los Tribunales de resolverlas al través de ese tristísimo éxodo que hay que recorrer para llegar á la cumbre donde se forja la jurisprudencia.

Una cuestión, sin embargo, se presenta tan luego como el análisis del artículo descubre su contextura. ¿Podrá el donatario traspasar bienes donados con alguna de las reservas á que el artículo 639 alude? Como quiera que el precepto entraña diversidad de fases, debemos también distinguir. En nuestra opinión, no ofrece duda alguna la segunda hipótesis del primer inciso del artículo. Si *A* dona á *B* el fundo *X* con reserva, v. gr., de 10.000 pesetas con cargo á la finca donada, la transmisión del dominio es plena, y *B* podrá á su vez enajenar el bien donado, ya á título oneroso ó gratuíto. Lo que sí ocurrirá seguramente es que el nuevo comprador, heredero ó donatario, adquirirá la finca con el gravamen, puesto que, según el art. 639, la reserva de cantidad afecta á la cosa, carga sobre la misma, y allí donde las contingencias de la vida jurídica, en ese flujo y reflujo de la contratación y de la herencia, lleven el bien donado, le acompañará como marca indeleble el crédito por cuya solvencia responde.

Examinemos el primer supuesto del artículo: si *A* dona á *B* los fundos *X*, *Y* y *Z*, reservándose disponer del fundo *X*, v. gr., ¿podrá *B* donar ó vender, en una palabra, enajenar el uso y disfrute de dicho fundo? Enojoso, difícil y expuesto es el problema;

pero aun á riesgo de equivocarnos y sin sentar por ello plaza de temerones, expondremos nuestro criterio. Pensamos afirmativamente: se nos podrá argüir que la reserva de la facultad de disponer es como una fiebre lenta que determina en la transmisión generada por la *donatio,* un raquitismo manifiesto; mas á esta objeción replicaremos que, mientras el raquitismo no sea incurable, aunque la transmisión languidezca por la falta de los glóbulos rojos de la libertad de disponer, hay la posibilidad de llegar á un estado normal. La transmisión de bienes podrá no ser plena, puesto que la reserva á que se refiere el artículo que comentamos confina con la nuda propiedad, es como si dijéramos su aledaño; pero es indisputable que mientras el donador no haga de su derecho, el uso y el disfrute pertenecen al donatario, siquiera pendan de una condición resolutoria. Y siendo esto así, ¿cometeríase infracción de derecho al consentir la cesión onerosa ó gratuita de dichos uso y disfrute, siempre que estos contratos se resolviesen al fenecer la donación por el ejercicio de la reserva pactada? ¿No sucede así con relación al derecho de usufructo, con el que guarda tan íntimas analogías ese otro derecho de uso y disfrute reconocido y amparado por el art. 639? Pues no se olvide el axioma de que donde existe igual razón debe regir el mismo derecho.

Hasta aquí la parte primera del artículo que comentamos, desprovista en nuestras antiguas leyes de precedentes concretos. En el Código napoleónico encuéntrase por vez primera determinada concretamente la reserva de algunos de los bienes donados. Aceptada por el Código italiano, art. 1.069, la vemos reaparecer en otros Códigos civiles, v. gr., los de Portugal y Méjico, si bien concebida y desenvuelta con un sentido jurídico irreprochable. Si el que no tiene herederos forzosos, dice el art. 2.734 del Código mejicano, hace donación general de todos sus bienes por causa de muerte y se reserva algunos para testar, sin otra declaración, se entenderá reservada la tercera parte de los bienes donados. Si el donante dispone de su tercio legal en la forma antedicha, se entenderá reservada la tercia parte de aquél. (Art. 2.735.)

Si estudiamos el Código portugués, veremos que la reserva comprende el tercio de la donación, tanto cuando ésta se verifique *contemplatio mortis* y no se estipule nada sobre dicho particular, como cuando se pacte expresamente en el acto de la donación.

Es decir: ambos Códigos combinan la reserva de los bienes donados con la cuota necesaria de libre disposición, reteniendo ese tercio de la donación para que sobre él pueda en su día recaer la herencia. Por esto se observa que los Códigos mencionados encaminan los bienes reservados, en el caso de que el donador no hubiese dispuesto testamentariamente de ellos, hacia los parientes legítimos, y sólo en defecto de éstos, al donatario.

Descúbrese en los textos citados la implantación de una reserva cuasi forzosa impuesta en contemplación á la muerte y con la mira de que en todo caso, aun en el de una donación total, quede al donador el consuelo de poder premiar en sus últimos momentos un servicio, ó la satisfacción de corresponder con un recuerdo al cariño que en vida le manifestara el amigo ó el allegado. El espíritu en que se inspiran los Códigos de Portugal y Méjico es por todos conceptos elevado y digno de imitación; pero el legislador español ha preferido referirse exclusivamente á las reservas pactadas *inter-vivos,* aunque previendo, como no podía ser menos, el caso de la muerte del donador sin haber ejercitado su derecho. Y esto nos lleva, sin la menor violencia, á la segunda parte del artículo. Dice así: *Si el donante muriese sin haber hecho uso de su derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que aquél se hubiere reservado.* No es este precisamente el texto literal, pero encierra la misma doctrina.

Lo primero que se observa es que nuestro Código, siguiendo la senda que le trazara el proyecto de 1851, inspirada á su vez en el art. 1.708 del Código de Holanda, adopta una solución contraria á la casi totalidad de las legislaciones civiles europeas y americanas. El Código napoleónico, v. gr., al que tomamos como tipo, dice así en su art. 946: *En cas que le donateur se soit reservé la liberté de disponer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladit somme appartiendra aux heritiers du donateur, non obstant toutes clauses et stipulations a ce contraires.* Lo mismo establece el art. 1.069 del Código italiano. Teniendo el legislador español las dos veredas que á su decisión se ofrecían, la del Código holandés y proyecto de 1851, y la de los Códigos francés é italiano, al decidirse por la primera es porque lo ha conceptuado más lógico y por ende más jurídico. Y como el proyecto de 1851 tuvo un notable comentarista, García Goyena, y éste expuso en

su comentario las razones en las cuales se inspiraron los civilistas de su tiempo, autores del mencionado proyecto, nada más pertinente que copiarlas.

Su resolución, dice, se funda en que la donación comprendió la misma cosa ó cantidad: el donador no la exceptuó de ella y sólo se reservó la facultad de poder disponer, dando con esto á entender que si no disponía de la cosa ó cantidad seguirían definitivamente la suerte de los bienes donados. Fué, continúa García Goyena, una especie de donación condicional en cuanto á su consumación, y la condición se cumple por la muerte del donante sin haber usado de la facultad que se reservó; en una palabra, se presume que en este caso el donador prefirió el donatario á sus herederos.

Las palabras de García Goyena son muy razonables, responden á la naturaleza del contrato de donación, y nosotros, pensando de la misma manera que el susodicho escritor, las hacemos nuestras. Ya que el Código civil español se ha decidido á reflejar un accidente de la teoría de la reversión (que á esto se reduce el art. 639), en vez de sumarlo con el artículo que de ésta se ocupa, preferible es que, apartándose del antecedente del Código napoleónico, haya seguido aquella otra dirección marcada por el Código holandés y que, en nuestro sentir, es, como antes hemos dicho, mucho más lógica y jurídica.

Réstanos tan sólo, para poder pasar más adelante en nuestro estudio, aclarar un extremo dudoso del artículo. Dice éste que «*si el donador muriese sin haber hecho uso de la reserva de disponer de algunos de los bienes donados*, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que aquél se hubiere reservado.» En las palabras subrayadas estriba la dificultad; mas para comunicarle mayor relieve, en lugar de enunciar el problema en abstracto, nos valdremos, según costumbre, de un caso práctico. *A* dona á *B* los fundos *X*, *Y* y *Z* con la reserva de poder disponer libremente del fundo *X*. Imaginemos que transcurre toda la vida de *A* sin hacer uso de su derecho, y ya en el trance de su muerte otorga testamento y lega el fundo *X* á un extraño, *C*, por ejemplo. ¿Cae esta disposición testamentaria dentro del precepto que comentamos? Argumentos hay en pro y en contra. Militan en pro: 1.º, que allí donde la ley no distingue no se debe distinguir, y hablando el art. 639 genéricamente *de la facultad de disponer*, es llano que

dentro del género se comprenden las especies, y consiguientemente las transmisiones *inter-vivos* y las *mortis causa*. Además, habiendo dispuesto por testamento de los bienes reservados, ya no puede decirse que el donador *murió sin usar de su derecho*; 2.°, que si en el terreno de la crítica hay algún motivo en abono de la reservación de bienes donados, es el de que á virtud de estas reservas pueda el donador en el momento de su muerte disponer de cierta suma de bienes y remunerar algún servicio ó premiar algún afecto mediante la herencia. Por otra parte, ¿cuándo la libertad de disponer es más santa, dentro, claro está, de las doctrinas individualistas, que al recibir su consagración por las palabras de un moribundo expresivas de su último deseo? 3.°, que si cuando el donador no dispone de la reserva, se presume que es porque prefiere el donatario á sus herederos, dentro de un criterio lógico, hay que aseverar que cuando dispone testamentariamente de la suma ó de los bienes reservados, es porque prefiere el heredero al donatario. Y como en el campo de las presunciones hay que ser extremadamente razonable, es llano que si sobre la primera presunción enunciada se cimenta el artículo 639, no se puede destruir la segunda sin incurrir en una manifiesta contradicción. Los argumentos aducidos revelan ya nuestro criterio, pero queremos exponer el motivo fundamental alegado de contrario. Redúcese á sostener que siendo la donación un contrato *inter-vivos* y debiéndose fundar la reserva en la posibilidad de disponer de algunos de los bienes donados también por actos *inter-vivos*, este próposito de la ley se quebranta concediendo al donador la facultad de transmitir por herencia ó legado los bienes constitutivos de la reserva. Posible es que en este razonamiento se contenga algo digno de aprecio; pero como comentaristas y ciñéndonos al texto del artículo, no podemos menos de acogernos á la primera solución.

***

II. *a) Posibilidad de donar la nuda propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras.*

b) Restricción impuesta por el art. 640 respecto de la donación del usufructo.

Inútil por completo sería este texto legal, si no le prestase

vida y calor la restricción que en el mismo se consigna. La nuda propiedad y el usufructo constituyen dos derechos, si no independientes, distintos, dos partes de un todo que pueden donarse con separación. Así como el donador puede transferir la nuda propiedad por título gratuito y reservarse el usufructo durante su vida ó por un plazo determinado, de la propia suerte es factible que transfiera también el mencionado derecho real.

Pero admitida la posibilidad, surge á reglón seguido el problema.

La nuda propiedad como esencia que es del derecho dominical, y el usufructo como elemento utilitario del dominio, no pueden permanecer en divorcio perpetuo sin originar trastornos graves. Por eso el usufructo se extingue con la vida del usufructuario (art. 513), y todos los contratos que, tomando por base su derecho, realizase aquél, fenecen, se resuelven con el usufructo, artículo 480; no siendo de extrañar tampoco que cuando el usufructo se constituya á favor de un pueblo, Corporación ó Sociedad, no pueda exceder su duración de treinta años.

Es el usufructo un *jus in rem*, temporal por naturaleza. Esta circunstancia de la temporalidad no podía echarla en olvido el legislador, y comprendiendo que, aprovechándose de la donación como instrumento, podía crearse un verdadero vínculo sobre el cimiento del uso y disfrute de la cosa donada, trató de impedirlo, surgiendo de aquí la aplicación al art. 640 del freno puesto á las sustituciones fideicomisarias en el art. 781.

Dice así dicho artículo: Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán su efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Veamos ahora cómo engranan los artículos 781 y 640, es decir, cómo puede compaginarse un precepto dictado para las sustituciones fideicomisarias, y, por tanto, para actos de transmisión *mortis causa*, con un artículo distanciado por completo de la materia sucesoria y que por lo tanto regula actos transmisorios *inter-vivos*.

Descartemos, ante todo, la segunda de las circunstancias exigidas por el art. 781, es decir, la de que la sustitución se haga

en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Esto es de imposible adaptación á la *donatio*, porque siendo un contra *inter-vivos* surte sus efectos desde la aceptación del donatario, y no hay para qué tener en cuenta el fallecimiento del donador; pero en cambio puede adaptarse facilísimamente variando los términos del enunciado, y sustituyendo el momento del fallecimiento del testador, por el de la perfeccion jurídica de la *donatio*. Así modificado el texto, resulta lógico y exacto, porque si la donación no puede concederse si no en favor de personas ciertas, esto es, que vivan cuando la donación se contraiga y consiguientemente que puedan prestar su consentimiento, es llano que lo mismo debe regir para la sustitución, y por ende para la persona del sustituto.

Hay que aplicar la primera circunstancia del art. 781, añadiéndole la segunda ya reformada, por donde, reconstruyendo el artículo 640 con los aditamentos aplicables del complementario, resultará del modo siguiente:

Art. 640. También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras. En este último caso la donación será válida, y surtirá su efecto siempre que no pase del segundo grado ó se otorgue en favor de personas que vivan al tiempo de perfeccionarse aquélla.

La vista del más profano en ciencias jurídicas descubre en la reconstrucción del texto que antecede tres casos distintos.

Primer caso. Donación de la nuda propiedad á una sola persona y del usufructo también á una persona sola.

Segundo caso. Donación de la nuda propiedad á una persona y del usufructo simultáneamente á dos ó más.

Tercer caso. Donación de la nuda propiedad á uno solo y del usufructo á dos ó más, pero no simultánea, sino sucesivamente, es decir, *A* después de *B*, *C* después de *B*, etc.

Resolviendo estos tres supuestos queda comentado el artículo 640, tan apacible á la primera impresión y tan obscuro después que se descomponen sus elementos y se separan sus fibras.

Mas antes de resolverlos debemos exponer tres declaraciones fundamentales, reservando la demostración para irla desenvolviendo durante el comentario.

a) La limitación impuesta por el art. 781 no se refiere á la donación de la nuda propiedad, siendo ésta libre por cuanto

contiene la substancia del dominio, y en caso de consolidación, el usufructo es atraído por aquélla como por un imán.

b) Tampoco es pertinente la aplicación del art. 781 cuando se dona el usufructo á una sola persona ó á varias simultáneamente; en el primer caso, porque constreñir al donante á otorgar la donación en favor de un individuo dentro del segundo grado, equivaldría á crear una cuota legítima usufructuaria *inter-vivos*, lo cual es un absurdo, aparte de que con semejante restricción se consumaría un atentado contra la libre disponibilidad de los bienes por su propietario; en el segundo caso, porque la donación simultánea á varias personas crea una comunidad del derecho de usufructo que habrá de resolverse por la muerte del último usufructuario sobreviviente. Además, tanto uno como otro supuesto no acusan peligro de ningún género en relación con los que el artículo trata de evitar.

c) Es de aplicación el art. 781 cuando, donándose la nuda propiedad á una persona, pretenda el donador, con respecto al usufructo, ordenar varias sustituciones sucesivas; así, v. gr., *A* para cuando fallezca *B*, *C* para cuando muera *B*, etc.

Entonces rige la restricción y, por virtud de ella, el donador no podrá autorizar la sustitución sino en favor de sus parientes dentro del segundo grado.

Expuestas las declaraciones, resolvamos los problemas jurídicos enunciados.

1.° *Donación de la nuda propiedad á B y del usufructo á C.*

Este caso no envuelve, en nuestro sentir, la menor dificultad, toda vez que habrá de regirse por los principios fundamentales del usufructo y sin tener para nada en cuenta el art. 781 tantas veces citado. El usufructo durará toda la vida del usufructuario si no se hubiere pactado por menos tiempo en el título de donación, y al fallecimiento de aquél se consolidará con la nuda propiedad en poder del donatario de esta última ó de sus sucesores. Si el donatario del usufructo hubiere dispuesto de él con arreglo al art. 480 del Código, los contratos que hubiere celebrado tomando por base la enajenación de su derecho real de usufructo se resolverán al ocurrir el fallecimiento. Todo esto es tan llano y tan jurídico que no puede ofrecer el menor recelo; por donde casi con las facilidades del axioma queda evidenciada la primera observación.

2.° *Donación de la nuda propiedad á B y del usufructo á C, D y F simultáneamente.*

Cuando este caso ocurra, *C, D* y *F* serán comuneros entre sí del derecho real de usufructo y lo disfrutarán mientras vivan, resolviéndose definitivamente el día del fallecimimiento del último superviviente y consolidándose el dominio en manos del donatario de la nuda propiedad ó de sus sucesores. La comunidad no es más que un estado particular de la propiedad ó de los derechos que de ella dimanan, caracterizado por la pluralidad de sujetos, pero sin diferencias fundamentales respecto de la propiedad ó sus derechos, considerados desde el punto de vista de la unidad de objeto. Así es que en este ejemplo que estudiamos, ni sombrea remotamente peligro de vínculo, ni existe tampoco el temor de que la división en nuda propiedad y usufructo se prolongue demasiado, puesto que la simultaneidad anexa á la comunidad destruye también dicha contingencia. Para los efectos jurídicos, con respecto á terceros, propiedad individual y copropiedad representan exactamente la misma cosa; la diferencia estriba y afecta en y á la pluralidad de sujetos, puesto que si el derecho de todos ha de coexistir, impónense ciertos deberes y limitaciones que en otro caso no existirían.

Los problemas expuestos en primero y segundo lugar tienen un común denominador y habrán de resolverse por los principios generales del usufructo, sin que tenga nada que ver con ellos el art. 781, toda vez que, aun en el supuesto planteado en el segundo caso, podrá haber, y de hecho la hay, simultaneidad, pero no sustitución.

3.° *Donación de la nuda propiedad á B y del usufructo á varias personas sucesivamente; es decir, una á la muerte de la otra.*

Aquí es donde la aplicación del art. 781 del Código es pertinente.

Si *A*, v. gr., pudiere donar la nuda propiedad á *B* y el usufructo á *C*, y al fallecimiento de éste al hijo primogénito de *C*, y así sucesivamente, compréndese que el resultado final sería, aparte de la constitución de un vínculo, la separación prolongadísima de la nuda propiedad y del usufructo, lo cual pugnaría abiertamente con la temporalidad propia de aquel derecho real, aparte de graves perjuicios económicos y de trastornos en la contratación.

Estos peligros, análogos á los que la sustitución fideicomi

saria libre trae consigo, hubieron de llamar la atención del legislador, y de aquí provino la aplicación del mismo remedio iniciado ya en el proyecto de 1882.

El mal no está, ciertamente, del lado de la nuda propiedad. La sustitución fideicomisaria abarca la transmisión del dominio pleno, y como en éste van comprendidos la substancia, uso y disfrute del patrimonio, claro está que el daño que pudiera resultar de la formación de un vínculo sería grave, precisamente por comprender el dominio en toda su integridad; mas la sustitución con respecto á la nuda propiedad hállase imposibilitada por su misma indiferencia é inutilidad. Aparte de que los sustituídos no obtendrían ventaja económica ninguna por el hecho de ostentar la nuda propiedad, sucedería que al extinguirse el usufructo y consolidarse el dominio, toda sustitución posterior quedaría nula, no tanto por la consolidación, que variaría totalmente el estado jurídico de separación creado por la *donatio*, cuanto porque presumir otra cosa equivaldría á destruir la noción del dominio y de sus atributos fundamentales.

Todo el peligro está, por tanto, del lado del usufructo, y por eso ahí es donde debe aplicarse el remedio del art. 781. Derívase de lo expuesto que las sustituciones habrán de recaer ó en favor de parientes del donador hasta el segundo grado, ó en beneficio de personas que vivan al tiempo de perfeccionarse jurídicamente la donación. Con remedio tan sencillo evítanse los peligros, así de la tendencia vincular que una serie de sustituciones revelaría, como el daño anexo á la desmembración del dominio mediante un usufructo prolongado inconsideradamente. Si se acepta el primer medio, es decir, el de sustituir en favor de parientes dentro del segundo grado, el día que el sustituto fallezca se resolverá la donación; y si hubiere dos ó más parientes dentro del segundo grado y la sustitución se hiciere en favor de todos, aunque sucesivamente, tampoco hay temor, porque debiendo existir los parientes al tiempo de otorgarse la donación, el usufructo no podrá extenderse más allá del límite de la vida del último que sobreviviere, refundiéndose este caso con la permisión expuesta por el art. 781 en segundo lugar, ó sea que la donación del usufructo se sustituya en favor de personas que vivan al tiempo de perfeccionarse la *donatio*.

Cuando se otorgue una donación en la forma que presume el ar-

ticulo 640, ¿se necesitará para el perfeccionamiento jurídico de la sustitución que el sustituto la acepte? La respuesta afirmativa se impone, en nuestro sentir, porque cada sustituto es un nuevo donatario, siquiera lo sea tan sólo del derecho real de usufructo, y si la donación no se perfecciona sino por el consentimiento, es llano que si el sustituto no consiente, es decir, si no acepta, no podrá decirse que la sustitución se ha perfeccionado. Mas el problema donde verdaderamente reside es en la determinación del momento en el cual debe prestarse la aceptación. ¿Debe aceptar el sustituto al tiempo de otorgarse la escritura de donación, ó cuando por la muerte del sustituído sea llamado y tenga derecho á los bienes sobre los cuales recaiga la sustitución? Nosotros optamos por la primera tesis, no tan sólo porque la escritura de donación es la fuente de donde emanan los derechos de donatarios y sustitutos, y en ella deben concurrir todos los requisitos de esencia, así para los efectos de presente como para lo porvenir, sino también porque no hay mayor prueba de que los sustitutos viven al tiempo de perfeccionarse jurídicamente el contrato matriz, como su concurrencia y aceptación. Esto, sin embargo, no arguye necesidad absoluta. Puede muy bien ocurrir que la donación y sustitución se otorguen en un instrumento público sin la concurrencia del sustituto, y que éste por escritura independiente acepte.

Caso de excepción á la facultad de donar la nuda propiedad y reservarse el usufructo.—Antes de estudiar otra materia, no debemos pasar en olvido la excepción consignada por el art. 1.415 con respecto á las donaciones hechas con fondos de la sociedad de gananciales. Sabido es que el fin primordial de esta compañía familiar es el levantamiento de las cargas anexas al matrimonio, manutención, vestido, albergue, crianza y educación de la prole, etcétera. No obstante estos fines cuasi privativos, la ley abre una válvula á las expansiones del espíritu, pero adoptando la medida que evita la desviación de los bienes de su curso natural y jurídico. Por eso el art. 1.415 del Código permite que el marido pueda hacer donaciones moderadas para objetos de piedad ó beneficencia, de los bienes de la sociedad de gananciales, pero le prohíbe en absoluto que pueda reservarse el usufructo.

***

III. *De la reversión de las donaciones.*

a) En favor del donante sin limitación de caso y circunstancias.

b) En beneficio de otras personas, con las limitaciones impuestas para las sustituciones testamentarias.

La tercera de las facultades ó prerrogativas que la expansión de la *donatio* como contrato gratuíto produce en beneficio del donador es la de poder pactar la reversión en su favor y sustituir la totalidad de lo donado en favor de sus parientes dentro del segundo grado, ó de personas que vivan al tiempo del perfeccionamiento jurídico del contrato donatorio.

No es ya la donación del dominio, desmembrado en nuda propiedad y usufructo, porque al cabo en este caso la transmisión es plena, aunque diversificada en pluralidad de sujetos; es el derecho á retraer el dominio de lo donado, es la facultad de sustituir íntegramente en beneficio de las mismas personas que pueden recibir por sustitución testamentaria.

Por lo pronto, nótese la incorrección y desaliño gramaticales del artículo. Consiente éste la reversión en favor del donante, y asimismo tolera que el donatario pueda ser sustituído, siempre que se ciña la sustitución á lo dispuesto por el Código para las sustituciones testamentarias.

Cuando la *donatio* vuelve, retorna al dominio del donador, entonces hay verdadera reversión. Mas cuando los bienes donados pasan á un tercero por efecto de haberlo así ordenado el donante en uso de su derecho, entonces no hay reversión, sino sustitución, y es verdaderamente lamentable que los legisladores hayan dejado pasar este *lapsus* que viene repitiéndose desde el proyecto de 1851. ¿Es por ventura que los civilistas que han construído el Código no sabían que reversión viene del participio *reversus reversa, reversum* de *reverto,* y que el significado de dicho verbo latino es el de volver, tornar, regresar? ¿Por qué han calificado entonces de reversión al hecho jurídico de transmitirse los bienes donados á un tercero, elegido sustituto del donatario, por el donador? En toda reversión hay retroceso hasta encontrar el punto de salida, si la reversión es total; ¿dónde está el retroceso en el caso que acabamos de exponer? Lo que hay es un avance, un alejamiento del punto de origen, y no se explica que el Código haya incurrido en el despropósito de llamar á esto reversión.

García Goyena nos da la clave de esta original confusión. Dícenos en sus glosas al proyecto de 1851 *que la reversión es una verdadera sustitución*, y si esto es cierto desde un punto de vista extremadamente general, no lo es si se atiende á la esencia del concepto; revertir es noción completamente distinta de sustituir, y sólo puede admitirse la idea de García Goyena en cuanto el donador, al subrogarse en el lugar del donatario por lo que afecta al dominio y posesión de los bienes donados, parece como que le sustituye. Pero el concepto es vulgarísimo é impropio de un Código, y no tiene disculpa la incorrección cometida.

La reversión que el art. 641 establece es la que pudiéramos calificar de contractual, puesto que para su validez es necesario estipularla expresamente al tiempo de otorgar la donación. Mas existe otra reversión legítima, por decirlo así, impuesta por la ley con los caracteres de forzosa. Nos referimos al art. 812, á cuyo tenor, los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos á sus hijos ó descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existen en la sucesión. Si hubieren sido enajenados sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación á ellos, y en el precio si se hubieren vendido, ó en los bienes con que se hayan sustituído si los permutó ó cambió. Es decir, que al lado de la reversión pactada libremente entre donador y donatario, vegeta esa otra reversión legítima por causa de muerte, y por cuya virtud los bienes donados al descendiente, que aún se conserven en la sucesión, revierten al ascendiente que los donó en el estado en que se encuentren.

Para no incurrir en anticipación de ideas, prescindiremos en este lugar de cuanto atañe á la doctrina desenvuelta por el artículo 812, contrayéndonos á exponer consideraciones acerca de la reversión convencional.

La reversión pactada libremente entre donador y donatario no es sino una manifestación de la donación temporal; de suerte que si pretendiéramos buscar una fórmula que expresara la naturaleza de la reversión, diríamos: *Reversión = á donación temporal.*

Las donaciones temporales tienen su antecedente en nuestro antiguo derecho. Recuérdese la *ley VII del tít. IV de la 5.ª Partida:* «*Fasta dia cierto o a tiempo señalado puede ser fecha la do*

nacion; esto seria como si dixesse el que la faze a otro alguno, doté tal heredad o tal cosa que la labres, e que la esquilmes e te aproueches della fasta tal dia o tal tiempo...» Los efectos jurídicos de esta ley hállanse perfectamente condensados por Gregorio López en su glosa: *Valet donatio fasta usque ad certam diem et post diem habebit rem donatam quem voluit donans, et transit ad eum possessio et dominium, et si donans neminem expressit qui haberet post diem habebunt rem donatam donatoris heredes.*

Mas esta libertad amplísima de la legislación alfonsina para pactar donaciones temporales y con condición, derivada de la que imperó en el derecho justiniáneo (1), es la que no ha prevalecido en las legislaciones modernas.

La donación temporal, ó dicho con más exactitud, el derecho de reversión tan sólo en favor del donador, es un homenaje á la facultad de disponer del propietario, una derivación jurídica de los contratos gratuítos, porque la gratuidad también es susceptible del más y el menos, y finalmente, un llamamiento á la piedad por cuanto facilita la obra caritativa. Si *A*, v. gr., pacta con *B* donarle una cosa, mas con la condición de que pasados diez años habrá de revertir a su dominio ó al de sus herederos, *A*, con esta donación y sin desprenderse sino temporalmente de los bienes donados, puede favorecer á *B*, bien para que se establezca, para que monte una industria ó para que proporcione á sus hijos una carrera decorosa. Si el derecho de reversión, facilitando las donaciones temporales, no existiera, es muy posible que muchas intenciones laudables se perdieran en el vacío por no encontrar una forma jurídica mediante la cual manifestarse. En tal sentido, el derecho de reversión complementa la institución de las donaciones.

Jaubert, en su *rapport* al Tribunado, sesión *del 9 de floreal, año II*, consideraba la reversión como una de las condiciones de la donación, y poco más ó menos como tal la consideran los Códigos europeos que mencionan este derecho. En dos ramas pode-

---

(1) *Legem quam rebus tuis donando dixisti sive stipulatione tibi prospexisti ex stipulatin, sive non incerto iudicio (id est praescriptis verbis) apud praesidens prouinciae debes agere, ut hanc impleri prouideat. Ley 9.ª, tit. LIII, lib. 8.º*, en la edición de Mommsen, según sus rectificaciones. *Tit. LIV* en las ediciones antiguas.

mos dividirlos: una (Códigos de Francia é Italia) consiente la reversión contractual, lo mismo cuando el donatario falleciese antes que el donante, que cuando hubiesen fallecido el donatario y sus descendientes; otra (Códigos de Portugal y España) la admiten en beneficio del donador sin limitación de caso y circunstancia; mas hay que convenir que si la expresión del precepto es diversa, en el fondo coinciden.

La reversión pactada de mutuo acuerdo entre donador y donatario es una condición resolutoria, cumplida la cual la donación se resuelve volviendo las cosas donadas al dominio y posesión del donante en el mismo ser y estado que tenían al tiempo de otorgarse la donación. No quiere esto decir que el donatario no pueda proceder con amplia libertad de disposición respecto de la cosa donada; podrá venderla, arrendarla, cederla gratuítamente, etc.; pero todos estos contratos de venta, cesión, arrendamiento, quedarán subordinados á la cláusula de reversión, y se rescindirán *de iure* por el hecho de revertir los bienes donados al donante. Derívase esto de la naturaleza íntima del derecho de reversión, y quizá por ello el Código patrio ha preferido prescindir de enumerar los efectos propios de dicho derecho, fiando en la intuición jurídica de los legislados. No proceden así los Códigos de Francia é Italia. El primero, por ejemplo, establece en el art. 952 que el efecto del derecho de reversión será el de rescindir todas las enajenaciones de los bienes donados y revertir al donante los mismos bienes, libres de toda carga é hipoteca.

En este caso, la sobriedad del Código español no sienta mal, porque si la reversión no llevara consigo la virtud de resolver las enajenaciones hechas y los gravámenes impuestos, convertiríase en imaginaria, porque bastaría que el donador se desprendiere de los bienes donados para destruirla.

* * *

La sustitución iniciada ya en el art. 640, alcanza en el 641 su máximo desarrollo, porque ya no se trata de donar el usufructo y sustituir al usufructuario, sino de donar el dominio pleno de un bien ó de un conjunto de bienes y sustituir al donatario con otro. Y dícenos el Código que estas sustituciones no podrán hacerse sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que las

testamentarias. La frase *sustituciones testamentarias* empleada por el artículo que comentamos, es amplísima, por cuyo motivo puédese afirmar sin desconfianza que comprende tanto las sustituciones testamentarias propiamente dichas, como las fideicomisarias.

Para abreviar y constreñir á sus verdaderos límites el comentario, reduciremos á reglas concretas el art. 641 en su segunda mitad.

Regla primera. El donador podrá sustituir una ó más personas al donatario ó donatarios instituídos, para el caso en que mueran antes que él ó no quieran ó no puedan aceptar la donación.

Observación. Así, á simple vista, descúbrese cierta inarmonía entre este texto ya adaptado y la naturaleza propia de las donaciones *inter-vivos*, porque si en la sustitución testamentaria es requisito *sine qua non* que el heredero instituído fallezca antes que el testador, es decir, que desaparezca el heredero, en la sustitución donatoria por su índole de contrato *inter-vivos* es éste un requisito indiferente, puesto que la sustitución puede concebirse jurídicamente sin que premuera el donatario.

Sin embargo, si de un lado atendemos al texto del art. 641 que categóricamente establece la asimilación más absoluta entre las sustituciones donatorias y las testamentarias, y si de otro pensamos que el donador tal vez desee contemplar y gozarse en su obra benéfica, favoreciendo á *A*, y á la muerte de *A* á *B*, v. gr., comprenderemos que las inarmonías se borran y que la aplicación del art. 774 no es tan impertinente como en un principio pudiera parecer.

Regla segunda. Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años de ambos sexos para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Observación. Ya se ha dicho que la donación hecha por un ascendiente á su descendiente es una anticipación de su cuota legitimaria. Si el descendiente fallece antes de llegar á la edad de testar (catorce años) desapareciendo el heredero forzoso, readquiere el donante su facultad dispositiva plena, y de aquí la posibilidad de sustitución.

Regla tercera. El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, siempre que haya sido legal-

mente declarado loco; ó lo que es lo mismo, cuando esté incapacitado para testar: pero la sustitución perderá su efecto si el instituído hubiese podido otorgar su testamento en un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.

Regla cuarta. Las sustituciones en cuya virtud se encarga al donatario que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de las cosas donadas serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del perfeccionamiento jurídico de la donación.

Regla quinta. La sustitución estipulada por el donante en favor de un tercero contraviniendo las reglas precedentes será nula, pero no producirá la nulidad de la donación.

ART. 642. Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

Concordancias.—Igual al art. 641 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 643. No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

Concordancias.—Análogo al art. 642 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Novísima Recopilación, libro X, título VII, ley 4.ª*—Por quanto algunos hacen ventas o donaciones de sus bienes a sus hijos, o a otras personas por no pagar las monedas, si se probare que lo hacen en fraude, y se probare con dos testigos de buena fama, o que estos que hicieron las tales ventas o donaciones se mantienen de los tales bienes, y los poseen y llevan los frutos y rentas dellos; que la tal venta ó donacion no vala, y que pague la moneda, valiendo la quantía para la pagar segun dicho es; y que los tales bienes sean para la nuestra cámara, pues los hicieron vendidos o donados dolosamente por no pechar.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 642 Y 643.—Sucede con la teoría de las donaciones lo que con la ascensión á una montaña: el ascenso es fatigoso, el descenso rápido y seguro, sobre todo si el declive no es muy pronunciado. Nosotros hemos llegado ya á la cima; comienzan las bajadas, y los primeros declives que encontramos son estos artículos 642 y 643, acentuándose luego más en el cap. IV, titulado *De la revocación y reducción de las donaciones*.

Porque, ¿qué dificultad envuelven dichos dos artículos? Ninguna. Son reglas preceptivas, cuya comprensión es tan sencilla, que basta la lectura; son textos legales que por su propia claridad rechazan el comentario.

Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, cuando la *cláusula* no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

Trátase de un pacto expreso, impuesto por el donador y aceptado por el donatario; en definitiva, no es otra cosa que una manifestación de las donaciones onerosas.

Hemos dicho que el pacto habrá de ser expreso. Así da derecho á sostenerlo la palabra *cláusula* empleada por el artículo. Mas no sólo debe consignarse la obligación, sino la cuantía de las deudas, porque si éstas absorbieren la totalidad del valor de

la cosa donada no habría donación, sino sólo un contrato innominado.

Una declaración falta en el artículo, y nos las sugiere la siguiente reflexión:

Puede muy bien darse el caso de que el donante, procediendo de mala fe, oculte parte de sus descubiertos económicos al donatario, y aceptada por éste la obligación de pagar las deudas del donador, resulte luego que, ó absorban la totalidad de la cosa donada ó acaso excedan. ¿A qué arbitrio recurrir entonces? En nuestro sentir, dos caminos se nos ofrecen, por cualquiera de los cuales llégase á una solución jurídica; ó pedir la nulidad de la donación por la inexistencia de causa, puesto que, como es sabido, en los contratos de beneficencia la causa reside en la liberalidad, ó creando una especie del beneficio de inventario, no extender la obligación del donante respecto de las deudas más allá de lo que importe el valor de la cosa donada. Solución es la primera consagrada por el art. 1.275 del Código, en relación con el 1.274; mas la segunda no pasa de ser una aspiración sin eco en la ley, aunque no por eso menos justa que la anterior.

Traduciendo el artículo en reglas prácticas, podemos enunciar las siguientes:

Regla 1.ª Entre las cargas con las cuales el donador puede gravar la donación, figura la de que el donatario pague las deudas del donante.

Regla 2.ª Esta obligación debe pactarse expresamente en la escritura de donación, haciéndose constar el importe de las deudas ya contraídas y fijando un límite para las deudas futuras.

Regla 3.ª Cuando la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, si la cláusula no contiene otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que aparecieren contraídas antes.

Regla 4.ª Si el donador, procediendo de mala fe, ocultare al donatario parte de las deudas, y al descubrirse el engaño los acreedores reclamasen una suma igual ó mayor que la que representen los bienes donados, el donatario podrá optar ó entre pretender la nulidad de la donación, ó la de no responder de mayor suma por deudas del donante que la que importe la cosa donada.

***

Dice el art. 643 que no mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario, cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores. Y añade: Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

La ley ha tratado de imponer un castigo al fraude; muy justo nos parece; pero toda pena debe ser concreta, categórica y no elástica, y ciertamente de elasticidad adolece el art. 643, más que por intención preconcebida, por falta de cuidado.

«*No mediando estipulación respecto al pago de las deudas, sólo responderá el donatario de ellas...*» ¿Pero de cuáles? ¿De las contraídas con anterioridad á la donación? ¿De las anteriores y de las posteriores? ¿De las anteriores aunque excedan de la suma que representen los bienes donados? Nuestra opinión es la de que el donatario de mala fe responderá de las deudas contraídas con anterioridad á la donación, aunque excedieren del importe de la cosa donada. Si así no fuese, no habría pena para el fraude. Cuando media mala fe de parte del donante y del donatario, la donación es un puro fingimiento, y si el donatario aparece beneficiado con una liberalidad, en rigor nada recibe. Si, pues, sólo se le priva de lo que recibió fingidamente, ¿dónde está la pena del fraude? ¿Dónde el castigo de la mala fe? Porque, nótese bien: la ley no habla de que la donación se rescinda por aparecer hecha en fraude de acreedores, sino de que el donatario pague las deudas del donador, sin distinguir entre las anteriores y las posteriores; mas en elegir el justo medio reside la equidad de nuestra tesis.

Obligar al donatario á que pague deudas posteriores á la donación fraudulenta es hacerle responsable de hechos subsiguientes á la culpa, y, sobre todo, no cometidos por él.

De aquí que nos refiramos á las deudas anteriores y, buscando la pena de la fraudulencia, la hallemos en la tesis que hemos expuesto.

La solución propuesta parte de la base de que el fraude se haya concertado entre el donante y el donatario, pero puede muy bien ocurrir que el donatario proceda inocentemente.

Hecha esta advertencia, observemos que la segunda mitad del art. 643 dice así: *Se presumirá* siempre hecha la donación en

fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

Lo mismo puede ser fraudulenta la donación interviniendo dolo por parte del donador y del donatario, es decir, siendo ambos coautores del fraude, que procediendo el donatario con la más escrupulosa rectitud; basta, á tenor del artículo que comentamos, con que el donante, al otorgarla, no se haya reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á la donación. Y preguntamos: cuando el donatario acepte la *donatio* en la persuasión de que al donador no le guían sino móviles de afecto y consideración hacia él; cuando inconscientemente se convierta en instrumento del fraude, ¿le alcanza la sanción penal establecida por el primer párrafo del art. 643? ¿Responderá de todas las deudas del donante?

No se crea que este aspecto de la donación fraudulenta raya en los confines de lo imposible. Aparte de que el dolo se comete perjudicando al legítimo acreedor, aun cuando el deudor no obtenga beneficio del fraude, los ardides de la mala fe son incalculables y puede ocurrir que *A*, v. gr., confabulado con *B*, le done la mitad de los bienes en menoscabo de los intereses de acreedores anteriores, y á *C* la otra mitad, haciéndole creer que sólo le guían impulsos de cariño y agradecimiento. En este supuesto tenemos dos donatarios: uno de buena fe, otro de mala fe; y, sin embargo, ambas donaciones son fraudulentas.

Y he ahí cómo resurge el problema: ¿El donatario de buena fe debe responder de las deudas del donador? Con sujeción estricta al art. 643, indiscutiblemente; pero esto resulta una enormidad, y como toda interpretación debe evitar los bajíos del absurdo, de aquí la necesidad de buscar una solución que, nutriéndose de lo racional, sea por eso mismo jurídica. El único criterio lícito se cifra en la siguiente enunciación: Cuando el donatario haya aceptado de buena fe la cosa donada, si se demostrase que el donador procedió en fraude de acreedores, podrán pedir éstos la rescisión de la *donatio* y la adjudicación de los bienes que la constituyan.

Tal vez se arguya que la frase empleada por el art. 643, *se presumirá*, resuelve las dudas apuntadas, por cuanto su calidad de presunción lleva aparejada la posibilidad de una prueba en

contrario. Mas es ésta objeción sin fundamento, porque la presunción, si es que la hay, se contrae exclusivamente á la fraudulencia, arrancando del hecho de no haberse reservado el donador bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á la donación; mas no se refiere ni presume la buena ó mala fe del donatario. Por donde se demuestra que ha habido imprevisión, dejando *in tenebris* quizás el aspecto más interesante y fundamental del artículo 643.

Para terminar, diremos que el art. 643, sin precedentes concretos en el derecho antiguo ni en el proyecto de 1851, apareció en el de 1882 copiado casi literalmente del art. 1.470 del Código portugués, que dice así: A falta de estipulación respecto á las deudas del donante, se observará lo siguiente:

1.° Si la donación fuese de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante, excepto en caso de hipoteca ó de fraude en perjuicio de los acreedores.

2.° Si la donación fuere de la totalidad de los bienes, responderá el donatario de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, salvo haciendo declaración en contrario.

El proyecto de 1882 añadió á este segundo párrafo del Código lusitano la siguiente cláusula: «pero tan sólo hasta donde alcancen los bienes donados y *hecha antes excusión de los bienes del donante;*» apéndice, en verdad, zonzo é inútil, porque si se partía del supuesto de que la donación abarcaba la totalidad del patrimonio del donador, ¿en cuáles bienes de éste podría hacerse la excusión? ¿En los que hubiere reservado para su decorosa sustentación? ¿En los adquiridos posteriormente?

El Código actual, dando un cambio de frente, ha implantado la doctrina opuesta, más conforme con la naturaleza gratuíta de la *donatio*. Por eso, cuando nada se ha estipulado respecto de las deudas del donante, el donatario no responde de ellas.

CAPÍTULO IV

DE LA REVOCACIÓN Y REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES

Repetimos, al llegar al ingreso de este capítulo, lo que hemos dicho en uno de los comentarios precedentes. Comienzan los declives, iníciase la bajada, las dificultades de la teoría de las donaciones han quedado vencidas; nada tan sencillo como el aspecto que atañe á las causas de revocación y reducción.

Quizás, y sin quizás, es el cap. IV, cuyo estudio vamos á comenzar, el que mejor concuerda con su enunciado. Puede asegurarse que se trata de un capítulo modelo, porque no tan sólo fija con precisión las causas revocatorias, sino que prevé los efectos de las mismas con respecto á la restricción de los bienes, á los gravámenes que sobre ellos pesaren, dejando á salvo los derechos de tercero con una sencilla referencia á la ley Hipotecaria y á los frutos que hubieren producido. Hubiera llegado á su completa perfección regulando lo concerniente á las mejoras introducidas por el donatario en la cosa donada.

Finalmente, se ocupa de las acciones para pedir la revocación, determinando quiénes pueden ejercitarlas y en qué término.

Tal es el cap. IV del título *De las donaciones,* el cual, no obstante sus defectos, es uno de los más ar-

mónicamente compuestos que figuran en el Código civil de España.

ART. 644. Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.° Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2.° Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Concordancias.—Análogo al art. 960 del proyecto de Código de 1851 y al 643 del de 1882, é igual en el segundo caso.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 5.ª, tit. IV, ley 8.ª*—Mueuese los omes a las vegadas a fazer donaciones, porque non han fijos ni han esperança de los auer. E por ende dezimos que si alguno, por tal razon, diesse a otro todo lo suyo, o gran partida dello, que si despues ouiesse fijo, o fija, de su muger legítima, con que casasse despues, que luego que los ha, es reuocada, por ende la donacion, e non deue valer en ninguna manera...

ART. 645. Rescindida la donación por la supervenencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituídos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Concordancias.—Análogo al art. 961 del proyecto de Código de 1851 y al 644 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del artículo anterior.

ART. 646. La acción de revocación por supervenientia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Esta acción es irrenunciable, y se transmite, por muerte del donante, á los hijos y sus descendientes legítimos.

Concordancias.—Análogo al art. 962 del proyecto de Código de 1851 é igual al 645 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del art. 644.

ART. 647. La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la ley Hipotecaria.

Concordancias.—Análogo al art. 964 del proyecto de Código de 1851 é igual al 646 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro III, tit. XII, ley 11.*—Quando alguno franquea a su siervo si le pone algun servicio, o alguna cosa que le haya de facer, si el franqueado no lo ficiere, aquel que le franqueo puedale demandar, todo quanto le dio; e si le dio dineros, e de aquellos dineros comprare heredad, o alguna otra cosa pueda demandar la heredad o otra cosa qualquier que sea comprada de aquellos dineros; y esto sea maguer el señor no lo meta en pleyto quando le alguna cosa diere a aquel que franqueó.

Part. 5.ª, tit. IV, ley 5.ª—So condición faziendo algund donadio vn ome á otre, como si dixesse, el que lo faze: Dote tal campo, o tal heredad, si tu padre te sacare de su poder: si la condicion se compliesse vale el donadio, e si fallesce, non vale. Pero si acaesciesse, que el padre se muriesse antes que el fijo sacare de su poder, como quier que la condicion non se cumplio en la manera que cuydo el que fizo la donacion, vale el donadio: porque la condicion se cumple, e sale ende el fijo de su poder. Ca en este caso, e en todos los otros semejantes del, en que sea puesta condicion en qual manera quier, que se cumpla la voluntad del que la puso, vale el donadio sobre que fuera puesta.

Ley 6.ª—Por cierta cosa, e por señaladas razones se mueuen los omes a las vegadas a fazer donaciones a otros que si por ellas non se mouiessen, por auentura non farian las donaciones. E esto seria, como si vn ome diesse a otro marauedis, o alguna heredad, diziendo señaladamente, quando se faze la donacion que lo da, porque este el otro todavia guisado de cauallo, e armas, para fazerle seruicio, o si lo diesse a algund menestral, o a otro ome qualquier, e dixesse abiertamente, que gelo daua por alguna lauor, o seruicio que le fiziesse. E por ende dezimos, que si aquel que rescibiere la donacion en la manera sobredicha, cumple la conuenencia, o la postura, o faze aquello por que gelo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple, o non lo faze, bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometio de fazer, o que desampare la donacion que le fizo. Otrosi dezimos, que dando vn ome a otro viña, o huerta, o heredad, o otra cosa qualquier, en esta manera; diziendo señaladamente quando faze

aquella donacion que daua aquella cosa, porque de los frutos que saliessen della, diessen cosa cierta a algunos omes para gouierno, o para sacar catiuos, o para otra razon semejante destas; si aquel que rescibe assi el donadio cumple aquello por que gelo dieron, vale la donacion; e si non lo cumple, bien la puede reuocar. E qualquier donacion de las que son dichas en esta ley, dizen en latin sub modo; que quier tanto dezir en romance, como donadio fecho so otra manera.

Ley 7.ª—Fasta dia cierto, o a tiempo señalado, puede ser fecha la donacion; esto seria, como si dixesse el que la faze a otro alguno: Dote tal eredad, o tal cosa, que la labres, e que la esquilmes, e te aproueches della, fasta tal dia o tal tiempo. E de aquel tiempo en adelante, que la desampares, e que finque a mis herederos; o a otro ome qualquier que nombrasse ciertamente, a quien fincasse. E por ende dezimos, que la donacion que assi fue fecha, valdria fasta aquel dia, o aquel tiempo que señalasse el que la fizo. E de aquel dia en adelante ganarian la possesion, e el señorio della, sus herederos del que ouiesse fecho la donacion, o el otro a quien nombrasse para auerla. E si por auentura, quando fizo la donacion, non señalo en quien fincasse de aquel dia en adelante, dezimos que la deuen auer los que heredan los otros bienes, de aquel que fizo la donacion.

ART. 648. También podrá ser revocada la donación, á instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.° Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2.° Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe; á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

3.° Si le niega indebidamente los alimentos.

Concordancias.—Igual en los dos primeros casos al art. 965 del proyecto de Código de 1851 y al 647 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tit. XII, ley 1.ª*—Maguer que qualquier home que diere alguna cosa a otre no gela pueda despues toller, pero si le fuere desconosciente e lo desgradesciere aquello que le dió, como si le firió, o si le denuestó de malos denuestos, o si le deshonró abiltadamente, o si le tolló, ó le fizo toller sus cosas sin derecho, ó le consejó muerte, o lision de su cuerpo, o si gelo dió por alguna cosa facer, y no gelo fizo; por estas cosas o por cada una de ellas el que dió las cosas puedalas toller á aquel á quien las dió; pero si gelo él no quisiere toller, sus herederos no gelo puedan toller, ni demandar pues que aquel que gela dió no gela quiso toller.

Partida 5.ª, tit. IV, ley 10.ª—Desconoscientes son los omes a las vegadas, contra aquellos que les dan algo, o les fazen alguna gracia; e por ende touieron por bien los sabios antiguos, que no fincassen sin pena, e establecieron quatro razones, que por qualquier dellas deue perder la cosa que le fue dada. La primera es, quando aquel que recibe el donadio, es desconosciente contra aquel que gelo faze, faziendole grand deshonrra de palabra, o acusandole de algund yerro, porque ouiesse de recebir muerte, o perder algun miembro, o cayesse en enfamamiento, o perdiesse la mayor partida de lo suyo, si le fuesse prouado: ca, como quier que otro alguno pueda dezir contra la persona del qué faze el donadio, nón lo puede dezir, ni deue, el ome que recibe el algo del. La segunda es, faciendole tuerto de fecho, metiendo manos yradas en el. La tercera es, faciendo grand daño en sus cosas. La quarta es, si se trabaja en alguna manera de su muerte. Mas si muger alguna, auiendo fijo de su marido, despues de la muerte del, faze donacion al fijo, e se casa con otro, como quier que diximos de suso, que son quatro razones por que puede ome reuocar la donacion: en tal caso como este non son mas de tres. El primero es, si depues de la donacion se trabaja de la muerte de la madre. El segundo, si metiere en ella manos yradas. El tercero es, si se trabaja de fazerle perder todos sus bienes, o la mayor partida dellos. E por qualquier destos tres casos sobredichos puede tal madre reuocar la donacion que ouiesse fecho a su fijo. Estas razones de desconoscencia, que dezimos en esta ley, pue-

delas poner, e razonar, aquel que fizo la donacion. E si el se callare ende en su vida, sus herederos non la pueden retraer, nin querellar despues.

ART. 649. Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad.

Las posteriores serán nulas.

Concordancias.—Análogo al art. 967 del proyecto de Código de 1851 é igual al 648 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del artículo anterior.*

ART. 650. En el caso á que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Concordancias.—Análogo al art. 970 del proyecto de Código de 1851 é igual al 649 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 648.*

ART. 651. Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el art. 644, ó por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa,

donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.

Concordancias.—Análogo á los artículos 963, 964 y 966 del proyecto de Código de 1851 é igual al 650 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 648.*

ART. 652. La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

Concordancias.—Igual en su segundo párrafo al art. 968 del proyecto de Código de 1851 y al 651 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 648.*

ART. 653. No se transmitirá esta acción á los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Concordancias.—Igual al art. 969 del proyecto de Código de 1851 y al 652 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 648.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 644 AL 653.—I. 1.° *Consideraciones de índole general.*—En dos partes vamos á dividir para su estudio el capítulo IV, titulado *De la revocación y reducción de las donaciones.* La primera comprenderá cuanto concierne á las causas revocatorias, sus efectos y acciones que de aquélla derivan la segunda se ceñirá exclusivamente á las causas de reducción.

Reina tal armonía entre las diversas partes componentes del aludido capítulo IV, que nunca mejor es factible prescindir de la rigorosa exégesis, agrupando los artículos por razón de analogía según se refieran, como antes hemos dicho, á las causas de revocación, á los efectos legales que las mismas producen y á las acciones que hay que poner en juego para obtenerlas.

Tres son las causas de revocación que desde los tiempos romanos viénense sancionando por todas las legislaciones: *Ingratitud, superveniencia de hijos, incumplimiento por parte del donatario de las obligaciones que le impusiera el donador.* Ni la primera ni la tercera causa han levantado jamás polémicas; la primera, ciertamente poco evangélica, porque la represalia es, de todos los sentimientos humanos, acaso el que pide mayor y más pronta satisfacción; la tercera, porque cuando se pactan obligaciones recíprocas y uno de los estipulantes no cumple sus deberes, la rescisión es secuela obligada.

En cambio la segunda, como más adelante veremos, evoluciona hacia la supresión. Ya en tiempos del Rey Sabio discutióse el tema, y producto de esto fué aquella permisión de la *ley 8.ª, título IV, Partida 5.ª*, á cuyo tenor los hijos no pueden pedir la revocación de la donación hecha á un extraño sino por aquella suma que perjudique á la legítima. Cuando se discutió el Código napoleónico, dícenos Fenet, en el proyecto existía un artículo declarativo de que la superveniencia de hijos no era causa de revocación de las donaciones. Mas en el Consejo de Estado dicho artículo fué puesto en entredicho, decidiéndose mediante votación que debía adoptarse el derecho establecido por la Ordenanza de 1731.

A pesar de este antecedente en favor de la revocación por superveniencia y del proceder casi unánime de los Códigos civiles hay algunos, v. gr., los de Holanda y Chile, emancipados de la antigua jurisprudencia. Y qué más: autor tan notable como el catedrático italiano Aguanno, en su obra *La génesis y la evolució*

del derecho civil, aboga porque se suprima la causa revocatoria de la superveniencia de prole. Al cabo, dice, se trata de un acto serio al cual no puede negársele toda eficacia jurídica cuando revista las formas legales.

Sobre este trípode formada por tres causas que generan revocación de la *donatio,* descansa todo el capítulo IV del título que comentamos.

***

2.° *La revocación en el derecho antiguo y en los Códigos modernos.*—En las compilaciones justiniáneas aparecen ya las tres causas revocatorias que todavía subsisten á través de los siglos. La causa por ingratitud fué legislada por el mismo Justiniano; la de incumplimiento de las condiciones pactadas es coetánea de la anterior. Finalmente, la superveniencia de hijos en su condición de causa revocatoria se decretó en los tiempos del Emperador Constantino, año 355, por la ley *Si unquam...* recopilada luego en el *Codex,* 8.ª, tít. LVI, libro VIII (1), y limitada á las donaciones hechas por los patronos á sus libertos. Cierto es también que los expositores é intérpretes ampliaron esta ley por equidad, y que prevaleciendo dicha interpretación como costumbre *praeter legem,* vino por último á encarnar en el cuerpo legal más notable que se formó después del Renacimiento del derecho romano: en el Código de las Siete Partidas. Coetáneo de este Código, puesto que se compuso en la segunda mitad del siglo XIII, y tomando por modelo el *Codex Justinianeus,* es el notabilísimo Código Tortosino: esto no obstante, las causas de revocación no figuran en él, ni tampoco la insinuación, expresamente rechazada.

En el Código del Rey Sabio hállase el antecedente histórico fundamental del Código vigente. La *ley 6.ª,* ocupándose de las donaciones hechas con cierta postura, condensa la causa revocatoria por incumplimiento de la obligación pactada. ...*E por ende dezimos que si aquel que rescibiere la donacion en la manera sobre-*

(1) *Codex, ley 8.ª, tit. LVI, libro VIII.—Si umquan libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatem fuerit donatione largitus et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac dicione manseurum.*

dicha, cumple la conuenencia ó la postura ó faze aquello porque gelo dieron vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple, ó non lo faze, bien puede apremiarle que cumpla lo que prometió de fazer ó que desampare la donacion que le fizo.

Si estudiamos la *ley 10.ª*, veremos que por razón de *desconocencia se puede reuocar la donación por cuatro razones:* La primera, si el donatario injuriase gravemente al donante ó le acusase de delito por el que hubiere de recibir muerte, mutilación, infamia ó confiscación. La segunda, si atentase contra la persona del donador. La tercera, si le hiciese daño en los bienes, de suerte que éstos se menoscabasen grandemente *(grand daño)*. La cuarta, *si se trabaja en alguna manera de su muerte*. Pero esta *ley 10.ª* llevó más adelante su previsión, en este punto excesiva, y calculando que podría darse el caso de una viuda que contrajese segundas nupcias y diese donación al hijo habido en las primeras bodas, dispuso que las causas revocatorias por desconocencia no fueran entonces sino tres: Primera, si después de la donación el hijo conspiró contra la vida de la madre; segunda, si atenta contra su persona *(manos yradas)*; tercera, si sus acciones se encaminaren á hacerle perder todo ó la mayor parte de su patrimonio.

Por último, una brevísima ojeada sobre la *ley 8.ª* nos muestra vigorosa en la obra legislativa del Rey Alfonso X la revocación por superveniencia de hijos.

Si el donador, al tiempo de otorgar la donación, carecía de descendencia, y luego la había de su mujer legítima, la donación se revocaba *in totum*. Si el donante tenía hijos al donar, éstos podían pedir que la donación se revocase, pero tan sólo en aquella parte que perjudicara su legítima. Y por eso decía Gregorio López en su glosa: *Donatio facta propter filiorum defectum revocatur in totum habitis filius legitimus postea natis. Si autem habens filios legitimus donet non revocatur si legitima eis salva remaneat revocatur tamen usque ad legitiman.*

Si después de esta excursión retrospectiva repasamos los Códigos civiles promulgados desde el napoleónico, observaremos latente el principio de la revocación por superveniencia; pero tan diversificado, tan vario, que bien puede asegurarse, sin temor incurrir en equivocación, que son tantos los cambiantes del fo luminoso, cuantas son las nacionalidades que alumbra. Esta la mejor prueba de que dicha doctrina jurídica hállase en un p

ríodo crítico de transición y muy propensa ó quizá muy próxima á una transformación definitiva.

Toda donación entre vivos, dice el art. 960 del Código napoleónico, hecha por personas que careciesen de hijos ó de descendientes al tiempo de otorgarla, sea cualquiera el valor de la donación ó el título por el que se hubieren pactado, aun cuando fuesen mutuas ó remuneratorias... quedarán revocadas *de plein droit* por la superveniencia de un hijo legítimo del donador, aunque sea póstumo, ó por la legitimación de un hijo natural por subsiguiente matrimonio, siempre que hubiere nacido con posterioridad á la donación.

Fijémonos en dos circunstancias, que son las características del Código francés:

1.ª La revocación se produce *ipso iure,* de *plein droit,* como dice el art. 960.

2.ª Solamente la superveniencia de hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio es susceptible de generarla.

Mas esta doctrina no prosperó sin lucha; recuérdese que el proyecto primitivo, separándose de las Ordenanzas de 1731, abolió la supradicha causa revocatoria. Prevaleció la antigua jurisprudencia, pero el Tribuno Favard, en la sesión *de 29 de Floreal, año II,* en defensa del criterio del Consejo de Estado dejó escapar algunas observaciones, siquiera fuese para refutarlas, tan atinadas y pertinentes que no deben pasar desapercibidas. Favard preguntaba: ¿Pero es que la superveniencia de hijos debe anular la donación por entero? ¿No sería más conveniente dejar subsistente la donación por la cuota de la que puede disponer el donador cuando tiene hijos? ¿Por qué sustraer de la donación lo que el donador hubiere podido donar?

Cierto es que Favard argumentaba por vía de prolepsis ó anticipación; pero es lo cierto que usó imprevisoramente la figura retórica, porque la respuesta tiene menos fuerza demostrativa que la supuesta objeción. Favard se respondía á sí mismo: «Esta idea parece muy natural, pero es preciso considerar que el disponer de una parte de los bienes cuando hay hijos, no es un acto necesario, no es un deber impuesto por la ley, es una facultad que esta última concede, y respecto de la cual no puede asegurarse que el donador hubiere usado de ella si al tiempo de donar hubiese tenido hijos. Sobre todo, la revocación no ha de impe-

dir que el donante vuelva á donar por un nuevo acto la cuota libre, si tal fuese su intención, á pesar de la superveniencia de hijos.

No parece sino que Favard, al formular su prolepsis, había leído la *ley 8.ª del tit. IV de la 5.ª Partida* y conocía la glosa de Gregorio López, porque en la permisión que dicha ley otorga á los hijos, reside el germen lógico de las argumentaciones tan deficientemente contestadas por el tribuno antes citado.

Si venimos al Código italiano, observaremos que repite en su artículo 1.083 la doctrina expuesta por el 960 del Código napoleónico, pero con su matiz propio, puesto que ya no se habla de revocación de *plein droit,* sino de que *podrán revocarse.*

Dignos son también de ser mencionados los artículos 1.482 y 1.483 del Código de Portugal.

Dice el 1.482 que las donaciones consumadas son revocables, además de los casos en que lo puede ser cualquier contrato:

1.° Por superveniencia de hijos legítimos siendo el donante casado al tiempo de verificarse la donación.

Añade el 1.483 que la donación no se revocará por la causa antedicha, si el donante tuviere algún hijo ó descendiente legítimo vivo al tiempo de la donación.

Tres Códigos llevamos examinados. Ninguno coincide. El lusitano vuelve á las puras fuentes de la legislación alfonsina, y no consiente la demolición del derecho adquirido y consumado sino en rendimiento á la legitimidad; el hijo habido fuera de matrimonio no tiene poder bastante para derrocar una *donatio.* Su filiación no es de primer grado, y en sentir del derecho positivo portugués, no merece tantas garantías su porvenir.

Pasemos á los Códigos americanos. Aquí las tonalidades son más pronunciadas, y cada Cuerpo legal de los que admiten la revocación por superveniencia de prole presentan un cariz distinto.

Fijémonos en el Código de la República de Guatemala. Dice el art. 229, del cual ha sido tomado el 644 de nuestro Código: «Toda donación entre vivos hecha por persona que no tenía hijos ni descendientes legítimos, ni hijos legitimados, queda revocada por el mero hecho de suceder cualquiera de los dos casos siguientes:

1.° Si el donante tiene, después de la donación, hijos legíti-

mos ó legitimados ó ilegítimos reconocidos, aunque sean póstumos.

2.° Si resulta vivo el hijo del donante que él reputaba muerto.

Hasta aquí la identidad es completa. Mas añade el art. 730 del Código guatemalteco: «No quedará revocada la donación por el solo hecho de sobrevenir hijos, cuando el valor de la cosa donada no exceda de la sexta parte de los bienes que tuvo el donante al hacer la donación.» La cuota de libre disposición es el quinto (artículo 799). El legislador prevé un descenso de fortuna, y fija el sexto con la calidad de cuota invulnerable contra la cual se estrella la acción revocatoria. Esta teoría tan bien pensada, no es sino la evolución, la última consecuencia de la *ley 8.ª del tit. IV de la 5.ª Partida;* pero tiene, como ven nuestros lectores, su color, su matiz propio.

En el Código de Méjico se lleva la protección á los hijos al último extremo, puesto que la superveniencia de un espúreo revoca la donación: se exceptúan las donaciones inferiores á los 300 pesos.

Entre los Códigos americanos hay una serie en la cual figuran los de Chile, Colombia, Uruguay, que rechazan la revocación por superveniencia de prole, pero la admiten cuando donador y donatario la hubiesen pactado expresamente en la escritura de donación.

Si ahora, recogiendo las enseñanzas provechosas que la comparación de las legislaciones vigentes en los diversos países de la tierra nos brinda, las reducimos á términos concretos, notaremos que son varias las teorías que imperan en punto á la revocación por superveniencia de prole:

1.ª Teoría. La que sólo admite la revocación contractual, es decir, la pactada expresamente por donador y donatario en la escritura de donación; ejemplo: Chile, Colombia.

2.ª Teoría. Antítesis de la anterior. La que consagra la revocación *ipso iure;* ejemplo: Francia.

3.ª Teoría. La que admite la revocación por superveniencia de hijos, pero mediante la acción ejecutada por el donador.

Las teorías que sanciona la revocación, presentan las siguientes modalidades:

Primera. Solamente en beneficio de los hijos legítimos; ejemplo: Portugal.

Segunda. En obsequio de los legítimos, legitimados y naturales reconocidos; ejemplo: Guatemala, España, Francia é Italia.

Tercera. En provecho de los anteriores y de los espúreos; ejemplo: Méjico.

Cuarta. Revocando la donación *in totum;* ejemplo: Portugal, Francia, España é Italia.

Quinta. Revocándolas parcialmente, dejando á salvo la cuota en que prudencialmente se estima la parte de la herencia de libre disposición; ejemplo: Guatemala.

Sexta. Revocándolas totalmente, pero sólo cuando exceda la donación de una cantidad fijada de antemano; ejemplo: Méjico.

De todas las soluciones que preceden optamos por la libertad de estipular la revocación al tiempo de otorgar la *donatio*.

Así como un péndulo oscila de un extremo á otro sin detenerse en el centro, de la propia manera, con respecto á estas teorías de la revocación por superveniencia de prole, hay que adoptar una solución extrema: ó la revocación *ipso iure,* ó la libertad de pactarla ó no pactarla al otorgar la donación. Los términos eclécticos en este caso producen inseguridades en los derechos; quedan éstos como en el aire, sin fijeza ni estabilidad. Téngase por seguro que si las donaciones de bienes raíces se practicaran con prodigalidad, tendrían los legisladores que adoptar un remedio eficaz contra las perturbaciones que, así en la contratación como en la vida económica de las familias, se seguirían.

La revocación *ipso iure* crea una situación despejada, y el donatario se apresta desde luego á la devolución de los bienes donados. La revocación libremente pactada coloca de igual modo al donatario en una posición jurídica franca y segura. Si sabe que sobre la subsistencia de la donación se cierne un peligro más ó menos problemático; si presume que por la edad ó las circunstancias del donador es fácil la superveniencia de prole, será cauto el donatario, y en lugar de desprenderse de los bienes donados, se limitará á sacar de ellos la utilidad compatible con la conservación de los mismos, ajustando su conducta á la de un buen padre de familia. Y si acontecimientos imprevistos le obligan á vender ó gravar algunos de los fundos cedidos gratuitamente, hará lo posible por cancelar cuanto antes las cargas. En una palabra: conocerá el riesgo, y en lugar de navegar á barlo

vento con velas desplegadas y sueltos los rizos de la prudencia, capeará el temporal mientras se dibujen en el horizonte las señales denunciadoras del peligro.

La revocación decretada por la ley, pero con la condición de que la solicite el donador en un término más ó menos largo, un año según el Código portugués, cinco años según la ley civil de España, es, en nuestro sentir, el peor de los sistemas, no sólo por la inseguridad que comunica á los bienes, sino porque es el que mayores facilidades presta al fraude, sin responsabilidades por parte del donatario. Fiarlo todo á la buena fe de las personas, que es, en resumen, lo que el Código patrio hace, antójasenos de la mayor candidez. Y conocidas ya las distintas teorías mantenidas por las legislaciones extranjeras, estudiemos la legislación vigente de nuestro país por lo que atañe á las causas revocatorias de la *donatio*, á sus efectos jurídicos y á las acciones que de aquélla dimanan.

***

II. *Causas de revocación de las donaciones.*

1.° *Por superveniencia de hijos.*—Rompe marcha el art. 644 diciendo que «toda donación entre vivos, hecha por persona *que no tenga hijos ni descendientes legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho* de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

Primero. Que el donante tenga *después de la donación hijos legítimos ó legitimados ó naturales reconocidos*, aunque sean póstumos.

Segundo. Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.»

Analizaremos el artículo punto por punto.

Lo primero que se observa es que para que la revocación por superveniencia de prole pueda tener lugar, es indispensable que en el momento de la donación el donante carezca de descendencia legítima, bien esta legitimidad sea ingénita, bien adquirida por el matrimonio subsiguiente de los progenitores.

Si el donante tiene descendencia legítima, podrá donar á un extraño el presunto tercio libre, y si se excediere en la suma donada, traspasando dicho límite, habrá entonces derecho á pedir la inoficiosidad, más no la revocación.

La posibilidad de la acción revocatoria arguye, por lo tanto, que el donante al tiempo de otorgar la donación no tenga, como dice el artículo que comentamos, descendientes legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio. Si los tuviere, no habría lugar á revocar, sino á reducir la porción inoficiosa. Después de todo, es la misma doctrina del derecho de Partidas, según es de ver por *la ley 8.ª, tít. IV, Part. 5.ª* y por la glosa del eximio Gregorio López: *Donatio facta propter filiorum defectum revocatur in totum habitis filiis legitimis postea natis: Si autem habens filios legitimos donet non revocatur. Si legitima eis salva remaneat, revocatur tamen usque ad legitimam* (1). Esta doctrina armonizaba perfectamente con el derecho del Código alfonsino, porque sabido es que la ley de Partidas sólo admitía la revocación en beneficio de los hijos legítimos, con los cuales cabe emparejar los legitimados por subsiguiente matrimonio. Mas al promulgarse el Código y consentirse como causa de revocación *in totum*, el nacimiento y reconocimiento de un hijo natural, ha debido redactarse el párrafo 1.º del art. 644 sin incurrir en la omisión de los hijos naturales reconocidos. Esta omisión imperdonable genera una desigualdad tan abusiva é irritante, que aun cuando no beneficie á los hijos naturales, porque su cuota legítima no llega á la cuantía de las de los hijos de bendición, puede dar margen á revocaciones injustas, y por lo mismo, profundamente inmorales.

Y como tenemos la certidumbre de que el caso práctico es como el enfermo de la clínica jurídica, el campo de operaciones más eficaz y valedero, al *caso* venimos. *A*, padre legítimo de los menores *B* y *C*, dona al extraño *D* una cuota inferior al presunto tercio de libre disposición. Pasados algunos meses, *A* tiene un nuevo hijo, *E*. ¿Habrá lugar á revocar la donación? Respondemos negativamente; porque *A*, al tiempo de otorgar la *donatio*, no se hallaba en las condiciones previstas por el art. 644; es decir, no carecía de descendencia legítima.

Otro ejemplo: *A*, padre de un menor natural reconocido, *B*, dona á *C* la tercera parte de su fortuna. *A* tiene posteriormente otro hijo natural, y, procediendo de la misma suerte que con el primero, lo reconoce también. Preguntamos: ¿Por la superve-

(1) *Edición hecha en Salamanca con privilegio imperial, en casa de Andrea de Portonariis, año de 1565.*

niencia de este hijo podrá solicitar el padre que la donación se revoque? Respondemos afirmativamente; porque *A*, al donar, hallábase en las condiciones requeridas por el párrafo primero del art. 644, toda vez que su descendencia era natural reconocida, pero no legítima ni legitimada por el matrimonio subsiguiente, y porque, según el párrafo segundo del mismo artículo que comentamos, basta que el donante tenga después de la donación hijos legítimos ó legitimados ó *naturales reconocidos*, aunque sean póstumos.

En verdad, esto de que el nacimiento del segundo ó tercer hijo natural, lo cual arguye una desviación consciente del matrimonio, dé margen á la revocación total, y el del segundo ó tercer hijo legítimo, á la reducción por inoficiosidad, ó sea á la revocación en parte, es atentatorio al orden moral y debe proscribirse. Se argüirá tal vez que en la realidad no llegaría el caso á plantearse, porque no habría Tribunal que lo autorizara, pero esto, que podrá ser ó no verdad, no destruye el defecto del artículo ni quita á la letra un punto de su rigor.

Y tanto más se percibe el defecto si se tiene en cuenta que si alguna consideración moral y jurídica justifica la revocación *in totum*, es precisamente el beneficio de los hijos. Mas ¿qué beneficios puede obtener por la revocación el hijo natural si además de ser su cuota legítima más reducida, hállase expuesto á que su progenitor contraiga matrimonio con persona distinta de aquella con quien le hubo, y los hijos legítimos, aunque habidos con posterioridad, le mermen en vida el mayor provecho que por la revocación hubiera podido obtener, ya por donación, mayor bienestar, más decorosa carrera? Esta revocación *in totum* tan absurda, á quien favorece principalmente es al padre natural, porque le proporciona un arma poderosa para destruir donaciones perfectamente válidas, sin más razón que el haber reincidido en el pecado y haber dado al mundo un nuevo hijo sin la ejecutoria de legitimidad. ¡Cuánta desigualdad y qué falta de criterio fijo! De un lado, desconoce el Código la familia natural, como si la falta del sacramento ó la ausencia de solemnidades civiles pudiera destruir los lazos creados por la naturaleza; de otro, reduce la cuota legítima á una suma exigua, sobre todo si concurren dos ó más naturales con un solo hijo legítimo, y de repente, sin motivo que explique la mudanza ni justifique la diferencia,

tolera que la donación pueda revocarse *in totum*, no sólo por el nacimiento de un hijo natural cuando el donante, al tiempo de donar, careciese de toda descendencia legítima ó ilegítima, sino cuando ya tuviese otro hijo natural reconocido. Semejante absurdo no puede subsistir. No hacemos á la Comisión de Códigos la ofensa de que esta desigualdad pasó por su pensamiento y expresamente la sancionaron; pero error tan lamentable ni puede erigirse en alma del artículo ni albergarse en la letra. Cuando la reforma decenal llegue y el Código se depure en esas aguas saludables de la revisión, desaparecerá esa mancha, y concordado y en armonía el párrafo primero del art. 644 con el segundo, aquél se redactará en la siguiente forma:

«Toda donación entre vivos hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, legitimados ó naturales reconocidos será susceptible de revocación por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes...»

La nueva redacción que, según nuestro sentir, debiera darse al artículo, nos lleva, sin la menor violencia, al segundo tema que debemos estudiar.

En el texto del art. 644 encontramos la siguiente locución: *queda revocada por el mero hecho*. ¿Es esto cierto? Sin temor á equivocarse, cabe responder negativamente. No se trata, como pudiera creerse, dada la frase del artículo, de una revocación por ministerio de la ley, sino dependiente del ejercicio de una acción, de tal suerte que si la acción no se ejercita dentro del lapso de cinco años, contados desde el nacimiento del último hijo ó desde su legitimación ó reconocimiento, el derecho caduca y la donación se consolida.

No queda, pues, la donación revocada, porque, si así fuese, no habría acción de revocación, la cual lleva, como complementaria, la de restitución, sino esta última tan sólo, fundiéndose y desapareciendo la primera al calor intensísimo de una revocación *ipso iure*.

Cométese, por tanto, una lamentable equivocación, cuya consecuencia inmediata es la de colocar frente á frente, manteniendo doctrinas diferentes, los artículos 644 y 646; el primero sancionando la revocación de *plein droit* al igual del Código napoleónico; el segundo, manteniendo la tesis de que sin el ejercicio de la acción revocatoria, la donación se consolida.

Descartando ya este aspecto crítico de la parte primera del artículo 644, digamos que la superveniencia de prole se manifiesta por tres casos distintos, á saber:

1.° Nacimiento de un hijo legítimo.

2.° Nacimiento de un hijo natural, aunque legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

3.° Nacimiento de un hijo natural reconocido, pero no legitimado.

El Código admite un cuarto caso que, hablando con propiedad, no puede conceptuarse de superveniencia de prole, porque el hijo no nace. Es algo así como una superveniencia moral, por cuanto se cifra en que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Cualquiera de estos casos produce la revocación total y para siempre, sin que, aun cuando fallezcan los hijos, vuelva la donación á renacer. Podrá argüirse que desaparecida la causa de la revocación, ó sea la existencia de los hijos, debe cesar el efecto; mas este argumento es sofístico, porque prescinde de la dirección que la ley imprime á los bienes, merced á la influencia del derecho sucesorio.

La *revocatio* se funda en la presunción, hasta cierto punto muy razonable, de que si el padre hubiera tenido hijos, acaso, por no cercenar en lo más mínimo el patrimonio presunto de éstos, habría prescindido de donar parte ó la totalidad de sus bienes. En la concurrencia, ante el dadivoso, de dos personas que se disputan su dádiva, el hijo y el extraño, la ley prefiere al primero, aun concediéndole efecto retroactivo á su derecho y mutilando en el ara de la familia y en holocausto al cariño paternal, aquel aforismo tan fundamental en todo derecho y en toda lucha, que al cabo lucha es el derecho en su fase militante, de que quien es primero en el tiempo lo es también en el derecho.

La *revocatio* no es, por tanto, más que una retroacción, y desde este punto de vista será todo lo moral y humana que se quiera, pero evidentemente es la institución menos jurídica que puede concebirse, sobre todo admitida *in totum*, é impuesta por la ley como un derecho absoluto, cuyo ejercicio la genera fatal é irremediablemente.

Concebida la revocación de esta suerte, es decir, como una reintegración del patrimonio presunto de los hijos, no es de extra-

ñar que si éstos fallecen antes que sus progenitores, las influencias del derecho sucesorio determinen el convencimiento de que los bienes queden en el dominio de los padres, con tanto mayor motivo cuanto que si éstos quieren renovar la donación en beneficio del que sufrió las consecuencias de la revocación, puédenlo hacer con entera libertad, ya que la ley no se lo prohíbe. Y no hay para qué decir que si los padres premueren, los hijos entran en la sucesión de los bienes que en su día integraron la *donatio* revocada.

Mas conocido ya, que la idea que inspira la revocación es el asegurar en lo posible el bienestar económico de la descendencia legítima ó ilegítima, observemos un caso en el que esta tendencia carece de espacio donde desarrollar su fuerza expansiva. Y veamos si la exageración del principio lógico que trueca el derecho, como dice Ihering, en ciencia matemática, impone también la revocación ó puede prescindirse de ella.

A, casado y sin hijos, dona á *B*, extraño, la mitad de su fortuna. Con posterioridad á la consumación jurídica de la *donatio*, *A* tiene un hijo de legítimo matrimonio; mas este hijo sólo vive veintiséis horas separado del claustro materno. Es indiscutible que se trata de una criatura viable, puesto que partimos del supuesto de que nació con figura humana y vivió más de veinticuatro horas desprendido por completo del útero de la madre. Para completar el *caso*, demos por cierto que el padre, en tan brevísimo tiempo, no interpone la demanda de revocación, ni siquiera comunica al donatario el nacimiento de su hijo. Admitida esta hipótesis, ¿se considerará revocada la donación? ¿Podrá el padre ejercitar la acción revocatoria dentro del tiempo que el artículo 646 determina? Respondiendo como comentaristas y tomando por norma de nuestra respuesta el texto literal, mediante una interpretación estricta, tenemos que contestar afirmativamente.

El Código no distingue; basta la superveniencia de prole para que la revocación sea factible, y aquélla se logra por el nacimiento de un hijo viable. Comprueba este aserto el art. 646 al ordenar que la acción de revocación por superveniencia de prole prescribe por el transcurso de cinco años, contados desde el *nacimiento del último hijo* ó desde la legitimación ó reconocimiento. Esta frase subrayada arguye que aunque el hijo cuyo nacimiento

dió lugar á la revocación haya muerto, siempre queda la probabilidad de que sobrevenga más prole, una vez que ya se ha hecho patente la fecundidad del matrimonio. Y aunque el término prescriptivo se cuenta desde el nacimiento del último hijo, esto no es óbice para que la acción pueda incoarse inmediatamente después del nacimiento del primero. Tal es la doctrina que se deriva del Código.

Mas, ¿es esto justo? Pensamos que no. La acción de revocación deberá apoyarse siempre sobre la existencia actual de uno ó más hijos habidos después del otorgamiento de la donación. Si los hijos han muerto al tiempo de incoarse el juicio sobre revocación, ¿qué fines se propone ésta? ¿En provecho de quién habrá de recaer? ¿Por qué destruir sin causa un contrato que por su naturaleza es irrevocable y transmite el dominio de los bienes donados? En nuestro sentir, falta un artículo en el Código, cuyo artículo debería redactarse en la siguiente forma:

«No se admitirá demanda ninguna sobre revocación de donaciones por superveniencia de prole si el donante no justifica previamente tener en el momento de entablar la acción hijo ó hijos vivos, habidos con posterioridad al otorgamiento de la donación.»

Examinemos ahora rápidamente los diversos casos por los cuales la superveniencia de prole se manifiesta.

a) Nacimiento de hijos legítimos.—El número primero del artículo 644, al hablar en plural de *hijos legítimos ó legitimados ó naturales reconocidos*, parece dar á entender que el nacimiento de un solo hijo no da margen á la revocación. No es así. La venida al mundo del primogénito, ó del segundogénito si aquél falleció antes de otorgarse la donación, da derecho al ejercicio de la acción revocatoria y á la restitución de bienes que le es anexa. Si el artículo habla en plural de hijos legítimos ó legitimados, esto no hay que tomarlo en cuenta, porque si llegáramos en las interpretaciones literales hasta compensar el punto y la coma, el singular y el plural, caeríamos en la sutileza, verdadera bacteria de la ley, contra la cual no hay otro recurso que inmunizarse á virtud de un criterio sano y una extremada libertad de apreciación.

Enemigos somos de la revocación de las donaciones impuestas por la fuerza de un imperativo legal. Pensamos que las revo-

caciones *in totum* son antijurídicas; creemos que la libertad contractual más amplia es la que resuelve el problema dentro del presente régimen social, porque de esta suerte, donador y donatario se atienen al pacto, sin ingerencias de la ley ni revocaciones *ipso iure;* pero de admitir la revocación tal como en nuestro Código existe, nunca tan justificada cual la que el nacimiento de un descendiente legítimo produce.

La paternidad lleva consigo grandes deberes con respecto al engendrado, y entre éstos no es el más suave el de asegurar la posición económica del hijo, ayudándole á colocarse en condiciones de defensa. Porque quien puede defenderse está en situación de luchar contra el infortunio creado por esta exagerada individualización de los bienes que divide á los hombres en castas, aunque hipócritamente se encubra y disculpe la desigualdad social con las falaces palabras libertad y progreso. Si la situación actual del mundo es de lucha, y lucha vigorosa, la revocación de las transmisiones gratuítas es el arma que el padre tiene para fortificar el parapeto económico donde ha de guarecer á su descendencia. El padre arrebata al extraño la coraza, y se la coloca á su hijo.

Así es el corazón humano; y la consagración más santa de la *revocatio* es ese egoísmo de los padres, siempre interesados por la mayor prosperidad de sus descendientes.

Considerada la revocación desde este punto de vista, no puede ofrecerse más simpática, sobre todo cuando recae en beneficio de la prole legítima. Al nivel de ésta débese colocar la legitimada por subsiguiente matrimonio. Si la pasión ó la ligereza pudo poner celadas á la virtud de los padres y hacerles pecar antes que las solemnidades sacramentales quitaran las trabas á la unión sexual, no debe olvidarse que el subsiguiente matrimonio implica libertad en los padres, y que la unión sacramental es como piscina regeneradora de la falta. La legitimidad de la descendencia, bien de la habida con anterioridad al matrimonio como de la nacida posteriormente, es de igual grado, y no hay motivo para que los efectos jurídicos, en punto á la revocación, no sean también iguales.

b) Nacimiento de hijos naturales.—Mas ya no sucede lo propio con respecto á los hijos naturales reconocidos.

Y no se crea que, en nuestro sentir, el hijo nacido fuera de

matrimonio é imposible de legitimar por la unión subsiguiente de sus padres, merece menos protección que el legítimo, siquiera, como dice Alonso Martínez, siempre debe mediar un abismo entre la legitimidad y la ilegitimidad; no es eso. Si la revocación *in totum* por el nacimiento y reconocimiento de un hijo natural no nos merece la más plena simpatía, es debido á que tenemos en cuenta, de un lado, los derechos adquiridos del donatario, que no deben quedar á merced de la pasión ó de la ligereza del donante, y de otro, la imposible previsión de la superveniencia de un hijo natural. Todavía déntro de las justas nupcias, la posibilidad del nacimiento de un hijo es acaso la conjetura más acertada y la previsión más elemental; mas ¿quién es capaz de prever, tratándose de un soltero ó viudo sin hijos, la procreación y reconocimiento de un hijo natural? Y téngase entendido que la mayor parte de las veces se tratará de hijos del vicio, habidos ó con mujer ligada con impedimentos, ó de tan baja estofa ó desigual condición, que el subsiguiente matrimonio se haga imposible. ¿Y es lógico y jurídico que purgue el donatario los efectos naturales de las inclinaciones viciosas del donador? Mas por visto, estas consideraciones las ha pasado por alto el legislador, optando por la inseguridad de los derechos con tal que el hijo natural quede en condiciones de heredar el patrimonio de su padre. Y fuera buena tal línea de conducta si desgraciadamente no se basara en una ilusión, porque es seguro que en la mayoría de los casos los bienes procedentes de la revocación no irán á engrosar el patrimonio del hijo natural, sino que servirán de abastecimiento á los vicios del padre. ¿Y cuando se trate de un hijo natural póstumo, es decir, nacido después del fallecimiento de su padre? ¿Cómo se justificará la filiación si no existe el principio de las justas nupcias? ¿Se necesitará una declaración del padre?

c) Reaparición del hijo ausente, cuya presunción de muerte se hubiere decretado al tiempo de otorgarse la donación.—Hemos dicho antes que al lado de la superveniencia natural de hijos, admite la ley una superveniencia moral ó jurídica consistente en que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación. En nuestro sentir, este caso sólo puede tener lugar cuando por virtud de procedimientos en forma y transcurridos los plazos de la ley, se haya declarado la presunción de muerte del ausente.

Si no se tomase como punto de partida la declaración judicial de presunción de muerte, podría en su caso argüir el donatario, y en nuestro sentir con muchísima razón, que pues la donación se había hecho en un tiempo en el que legalmente no cabía reputar muerto al ausente, al aparecer éste habría lugar á la acción de reducción, pero en modo alguno á la revocatoria, toda vez que el donador en el momento en que otorgó la donación no carecía de descendencia legítima.

Los datos, las noticias particulares que el donador haya podido obtener acerca del fallecimiento de su hijo, nada valen ni nada significan enfrente de los derechos del donatario, los cuales no pueden subordinarse, por lo que respecta á la posibilidad jurídica de la revocación, sino á una prueba plena, como, v. gr., la que se deriva de un documento auténtico acreditativo del óbito, ó la que se desprende de un auto judicial declarando la presunción de muerte del ausente.

Ateniéndonos á las precedentes consideraciones, pensamos que el párrafo segundo del art. 644 se distancia bastante de la corrección legal, y que en lugar de dejar la apreciación del fallecimiento del hijo al donador, según parece desprenderse de las palabras del texto *que resultase vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto*... debiera someterla á la resultancia de una presunción consagrada por un pronunciamiento judicial. Nosotros redactaríamos el susodicho párrafo de la siguiente ó parecida manera: 2.° Que resulte vivo el hijo del donador, cuando la presunción de muerte de aquél se hubiese declarado judicialmente al tiempo de otorgarse la donación.

d) La adopción hecha por el donador después de otorgada la donación ¿es causa revocatoria?—Este tema ha sido discutidísimo por los jurisconsultos franceses.

La mayoría de los comentaristas del Código napoleónico niegan al hijo adoptivo la facultad de revocar las donaciones anteriores á la adopción: mas, en cambio, escritores tan conocidos como Zachariæ, Demolombe, Valette, etc., entienden que goza del derecho de pedir la reducción. Favard de Langlade y Marcadé son los campeones de la teoría contraria, y de este último bien puede decirse que arrepentido y converso, puesto que en las cuatro ediciones primeras de su libro ha sostenido la misma tesis que la generalidad de los juristas.

Aunque la adopción en Francia no es ya ni sombra de la adopción romana, aún conserva su preferencia más característica, ó sea la sucesión forzosa (art. 350); mas en el Código patrio la adopción es un espectro que vaga por las ruinas románicas. ¿Cómo un contrato de beneficencia, un contrato eminentemente gratuíto, pero que no confiere los derechos íntegros de la filiación, ha de poder destruir los efectos jurídicos de otro contrato tambien gratuíto é inspirado en los mismos sentimientos de liberalidad y afecto? Tanto valdría como negar á la donación su cualidad de contrato irrevocable: resolviendo una donación anterior por otra posterior, aun cuando disfrazada, oculta, bajo la vestidura de la adopción. Pero aparte de estos motivos, la materia de la revocación de las donaciones es de derecho estricto y no puede extenderse á más casos de los expresamente establecidos en la ley. ¿Dónde dice el Código patrio ni de qué texto del mismo puede colegirse que la adopción verificada con posterioridad á la *donatio* es causa revocatoria de esta última? El art. 644 se refiere siempre á la superveniencia natural de hijos, y por esto menciona á los legítimos, legitimados y naturales reconocidos. Cierto es que menciona también al hijo ausente reaparecido cuando ya el donante le reputaba muerto: pero aun en este caso el fondo de la acción revocatoria constitúyelo una filiación natural. La adopción, por el contrario, es una filiación postiza, artificiosa, dependiente de la voluntad del adoptante, y elevarla á la categoría de causa de revocación equivaldría á desconocer por completo el espíritu y la letra del artículo que comentamos.

2.° *Causas de revocación.—Ingratitud del donatario.—Sus varias manifestaciones.*—Los cuerpos jurídicos tienen también sus toxinas, y toxina de la *donatio* es la ingratitud, puesto que envenenando las relaciones de cordialidad y gratitud entre donador y donatario, altera los tejidos de la donación, generando en definitiva su muerte. Gran verdad es que lo que nace por una causa, perece por la causa contraria.

La donación nutre su principal raíz en el cariño, en la gratitud, y por eso la ingratitud la destruye. Máxima evangélica es la de perdonar el daño que se nos infiere y no buscar las represalias; pero también en los eternos designios, al pecador de este mundo, que es el ingrato para los beneficios, de la Divinidad, le está señalada la desheredación del cielo y reservado el tormento perdurable.

Si la Divinidad revoca la gloria prometida al ingrato, ¡qué mucho que la humanidad prive de los beneficios de la donación á quien, no sólo no sabe agradecerlos, sino que se vuelve airado contra quien se los otorgó!

La revocación por ingratitud arranca de la esencia misma de la naturaleza humana, y mientras haya donaciones y haya ingratos, la *revocatio* será el agua que apague el fuego de la indignación.

Las manifestaciones de la ingratitud son las siguientes:

1.ª *Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, honra ó los bienes del donante.*

¿Qué debe entenderse por la frase *cometer un delito?* ¿Significa, por ventura, que el donatario ha de intervenir en la comisión con la cualidad de *autor ó coautor?* Respondemos negativamente. De cualquiera suerte que los actos del donatario coadyuven á la perpetración ú ocultación del delito, por complicidad, por encubrimiento, siempre se considerarán bastante para generar la revocación, porque de la propia suerte se manifiesta la ingratitud cometiendo personalmente el delito que cooperando á su ejecución ó albergando ó proporcionando la fuga del culpable. La perversidad criminal no será tan graduada, pero la ingratitud es indudablemente la misma.

Mas todo delito, desde los actos iniciales ó preparatorios hasta la consumación, puede recorrer los grados de la tentativa ó de la frustración.

Cuando el delito contra la persona, la honra ó los bienes del donatario no pase del grado de tentativa ó se frustre sin llegar á la consumación, ¿se entenderá que el donatario *ha cometido* el delito á los efectos del art. 648?

La frustración tiene lugar, según el art. 4.º del Código penal, cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente. Hay tentativa, dice el mismo artículo, cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito por causa ó accidente que no sean su propio y voluntario desestimiento.

En el proceso de todo delito, la tentativa y la frustración re-

presentan grados diversos de la ejecución del hecho criminal; en la primera la causa inesperada, el azar interviene cuando el agente no ha cometido aún todos los actos punibles indispensables para la perpetración; en la segunda, el agente pone de su parte la misma suma de hechos criminosos necesarios para la consumación, y, sin embargo, el daño no se produce por un accidente ajeno á la voluntad del culpable; pero así en la tentativa como en la frustración, el delito ya ha comenzado á ejecutarse. Partiendo de esta base, ¿podrá ponerse en duda que así uno como otro grado de la delincuencia revela la más acerba ingratitud? Pensamos, por consiguiente, que al decir el Código que el donatario es ingrato para con el donador cuando *cometiese algún delito* contra la persona, honra ó bienes de aquél, hase referido en general á toda acción castigada por el Código penal, exceptuando, claro está, las constitutivas de falta por su poca entidad é importancia. Buena prueba suministra, aunque no sea más que en la consideración de precedente doctrinal, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1858, según la cual, la denuncia de un *delito leve* no se comprende entre las ingratitudes que son causa legal para la revocación de una donación.

También dice la misma sentencia que la injuria inferida por el donatario contra el donante sin espontaneidad y en defensa de sus derechos, no es causa bastante para producir la remisión de la donación.

Como quiera que los delitos contra la persona, la honra y los bienes son como los océanos de la esfera penal, no hay para qué decir que dentro de ella hállanse comprendidas la mayor parte de las causas de indignidad y desheredación. Innecesario es, por tanto, detenerse en resolver la cuestión que abocetamos al comentar el art. 625, porque ella sola se resuelve.

La segunda de las manifestaciones de la ingratitud es la de que el donatario imputase al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe. De aquí se desprende que para el donatario la querella ó la denuncia dirigidas contra el donador, aunque tengan por base un hecho punible cierto, se convierten en causa de revocación.

He ahí cómo el art. 260 de la ley de Enjuiciamiento criminal tiene un nuevo caso de excepción, además de los expresamente comprendidos en el art. 261.

Mucho debe ser el agradecimiento del donatario hacia el donante, pero no tanto que el propio Código civil sacrifique en su honor un deber tan estricto cual el de denunciar á la Autoridad judicial los delitos cometidos. Exceptúase de la regla antedicha el caso en que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

La tercera y última de las manifestaciones de la ingratitud es la denegación indebida de alimentos. Según nuestro criterio, este caso no puede referirse sino á aquellas personas que recíprocamente se deben alimentos por la ley.

3.° *Por incumplimiento de las condiciones impuestas por el donador.*—Rígese este caso por las reglas concernientes á los contratos, y rigorosamente no debiera denominarse causa de revocación, sino causa de rescisión.

El motivo de la rescisión es tan comprensible y llano que todo comento huelga.

4.° *Otras causas de revocación.*—Dice el art. 1.333 del Código que la donación hecha por razón de matrimonio no es revocable sino en los casos siguientes:

1.° Si fuese condicional y la condición no se cumpliese.

2.° Si el matrimonio no llegara á celebrarse.

3.° Si se casaren sin haber obtenido el consentimiento conforme á la regla 2.ª del art. 50, ó, anulado el matrimonio, hubiese mala fe por parte de uno de los cónyuges conforme al núm. 3.° del art. 73 del Código.

III. *Efectos legales de la revocación.*

A) Con relación á los bienes donados.—Pueden dividirse estos efectos en tres grupos, es á saber:

1.° *Con relación á los bienes donados*

2.° *Con relación á los frutos producidos por estos mismos bienes.*

3.° *Con relación á las mejoras introducidas por el donatario.*

Fijémonos en el primer efecto. Las consecuencias jurídicas son distintas, según la clase de revocación de que se trate.

Cuando la revocación reconozca por causa la superveniencia de prole, los bienes donados deben restituirse al donante si aún los conserva el donatario en su poder. Si los hubiese vendido, la restitución se contrae al precio, mas sin que el donante tenga derecho á repetir por acción revindicatoria contra el que los hubiere comprado.

Y lo propio sucede con respecto á los bienes objeto de la donación si el donatario los hubiese gravado con hipoteca. El donador podrá liberar el gravamen pagando la deuda y ganando el derecho á reclamar el importe de aquélla del donatario; porque después de todo, redúcese el caso á una subrogación de acreedores expresamente consentida por el art. 1.158 del Código civil.

Los legisladores, con excelente acuerdo, han dejado siempre á salvo los derechos de tercero cuando se trate de este caso de superveniencia de hijos, si probable, sobre todo dentro de las justas nupcias, no tan seguro que pueda afirmarse en absoluto.

Finalmente, si los bienes no pudiesen ser restituídos, dice el artículo 645 del Código que se apreciarán por lo que valían al tiempo en que la donación se hizo. La generalidad de este último párrafo del art. 645 induce á confusión. Porque la causa de la imposibilidad de restitución tanto puede deberse á un acto voluntario como involuntario; una donación efectuada por el donatario de la totalidad ó parte de los bienes donados; un accidente fortuíto, incendio, naufragio, inundación, en una palabra, caso de fuerza mayor. ¿Siempre y en todo caso deberá el donatario restituir el valor de los bienes donados? Así hay que deducirlo del texto del último párrafo del art. 645, porque ya es sabido: allí donde la ley no distingue, no debe el jurista distinguir. Será todo lo injusto que se quiera, pero está escrito y hay que doblegarse ante el precepto.

Si la causa de revocación es la ingratitud del donatario, serán válidas las enajenaciones é hipotecas anteriores á la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad; pero serán nulas las posteriores. Aunque el art. 649 no lo expresa, excusado es decir que el efecto primordial de la revocación es el de que los bienes se restituyan al donante.

Mas si es cierto que los bienes transmitidos por el donatario no salen del dominio del comprador, la ley concede al donante el derecho de reclamar del primero el valor de los enajenados, que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados, atendiendo al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Finalmente, si la causa de revocación fuese el incumplimiento por el donatario de algunas de las condiciones de la donación, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las ena-

jenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto con la limitación establecida en cuanto á terceros por la ley Hipotecaria.

En este último caso no parece sino que la ley no ha tenido en cuenta más que las donaciones de bienes raíces; porque con efecto, debiendo constar en el Registro las condiciones impuestas por el donador, ningún tercero puede llamarse á engaño si al contratar procede con escasa diligencia y adquiere los bienes donados cuando las condiciones aún no estaban cumplidas. Mas ¿y si se tratase de bienes muebles en que la posesión suple al título cuando la adquisición es de buena fe?

B) Con relación á los frutos.—Dispone el art. 651 que cuando se revocare la donación por causa de superveniencia de prole ó por ingratitud, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundase en el incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario deberá devolver los frutos desde que dejó de cumplir la condición.

Ambos preceptos son extremadamente justos, y no requieren aclaración de ninguna especie. Después de todo, el primer caso no es más que la aplicación de la regla consignada por el art. 451 y concerniente á que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpido legalmente en la posesión. Ahora bien: esta interrupción tiene lugar por la interposición de la demanda.

C) Con relación á las mejoras introducidas en los bienes donados. Nada dice el Código con respecto á dicho particular, pero regulándose la percepción de frutos por los principios aplicables á la posesión de buena fe, no hay motivo ninguno para no adaptar á este caso los mismos artículos que tratan de las mejoras introducidas en la cosa poseída, según aquéllas sean voluptuarias, útiles ó necesarias.

En el Derecho romano el principio de la restitución de las mejoras introducidas en la cosa donada estaba admitido, y así lo prueba un fragmento de Juliano, *ley 14, tit. VI, lib. XXXVII del Digesto.*

Si mortis causa donatus fundus est, et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint, fundum vindicantes doli mali exceptione sum movetur, nisi pretium earum restituat. Esto es: si se donó un fundo

por causa de muerte y se hicieron en él gastos útiles y necesarios, á los que lo piden como propio se les podrá oponer la excepción de dolo malo si no pagan lo que importan los gastos.

Nosotros pensamos que el abono de los gastos necesarios y de las mejoras útiles va anexo á toda reintegración de bienes, y por esto creemos que goza de dicho derecho el donatario garantido con el *ius retentionis* como poseedor de buena fe.

En cuanto á las mejoras voluptuarias, podrá retirarlas siempre que con ello no altere la substancia de la cosa ó la deteriore gravemente, á juicio de peritos.

IV. *Sobre las acciones para pedir la revocación.*—Hay que partir del principio de que la *revocatio* arguye necesariamente el ejercicio de una acción.

Cuando la causa revocatoria es la superveniencia de prole, la acción prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Dice el segundo párrafo del art. 646 que *esta acción es irrenunciable* y se transmite por muerte del donante á sus hijos y descendientes legítimos.

Lo que el artículo quiere expresar en las palabras subrayadas es que no puede renunciarse *expresamente*, por más que la renuncia tácita va envuelta implícitamente en el no ejercicio de la acción revocatoria y en la prescripción que se produce por el transcurso de cinco años, contados desde los momentos más arriba indicados.

Si la causa de revocación es la ingratitud del donatario, la acción dura tan sólo un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

Dispone el artículo, sin duda teniendo en cuenta que la ingratitud es personalísima, que dicha acción no se transmite á los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado. Á la misma idea responde el segundo párrafo del art. 653 al preceptuar que tampoco se podrá entablar contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste hallase interpuesta la demanda.

El Código no habla del término por cuyo transcurso prescribe la acción revocatoria por causa de incumplimiento de la condi-

ción impuesta por el donante; porque como esta especie de las donaciones implica prestaciones recíprocas y se rige por las reglas de los contratos, á las leyes generales de la contratación hay que atenerse. En su consecuencia, creemos que la acción durará cuatro años, que es el término fijado por el Código para las acciones rescisorias.

V. *La revocación en la ley Hipotecaria.*—Es imposible imaginar institución jurídica que más transcendentales efectos haya producido en el orden civil, como la de la inscripción en el Registro de la propiedad. Es la inscripción, cuando del Registro no resulta la causa de la nulidad ó rescisión del acto ó contrato inscrito, algo así como los yelmos encantados de los libros de caballería: convierten en invulnerables á los terceros que los llevan sobre su cabeza. Deberes paternales, derecho preferente de los hijos, necesidad de irles formando á éstos su patrimonio económico, palabras, conceptos y deseos que nada valen ni nada significan ante el influjo mágico de una inscripción verificada en forma.

El eco de las inscripciones en el Registro de la propiedad es como el eco de la trompa de Astolfo; su vibrante sonido produce el efecto de que huyan despavoridas todas las incertidumbres y todas las inseguridades, que son los mayores enemigos de la vida jurídica de relación.

La donación no podía sustraerse de esta influencia. Seguramente de todas las instituciones jurídicas, ninguna siente más los efectos de la inscripción como la *donatio*. Porque téngase en cuenta que esta última, en su calidad de modo transmisivo del dominio, es irrevocable cuando se perfecciona jurídicamente, y como quiera que por ella se consuma una transmisión de bienes ó derechos, confiere á su vez facultad para traspasarlos por título oneroso ó gratuíto y para gravarlos. Mas al propio tiempo pende siempre sobre su subsistencia la condición resolutoria de la superveniencia de prole ó de la ingratitud, ya que, si bien esta última causa es eminentemente voluntaria, puede producirse por un arrebato del donatario, que sin ser frío de corazón, sea caliente de cabeza, y por tanto, sin ser ingrato en el genuíno sentido de la palabra, atente, v. gr., contra la persona del donador, lesionándolo por aquello que dice el vulgo con fina intuición de que nadie está libre de una mala hora.

Dada esta alternativa en que las donaciones fluctúan; dado

que de una parte autorizan las transmisiones de los bienes donados, y de otra, por el influjo jurídico de una causa revocatoria, puede sobrevenir la restitución de esos mismos bienes, era indispensable que al desenvolver la ley Hipotecaria el sistema de la inscripción con todos sus efectos en beneficio de terceros, se preocupase especialmente de las donaciones y de las causas revocatorias de las mismas. Y la prueba de que atendió solícita á este particular, muéstranosla el notabilísimo preámbulo ó exposición de motivos de la citada ley. Veamos sus palabras: «Dista mucho, dice, de ser uniforme el Derecho de las diferentes provincias de nuestro territorio respecto á la revocación de las donaciones.

»La legislación aragonesa declara irrevocables las que consisten en bienes raíces entregados con la debida solemnidad; la de Castilla, por el contrario, establece expresamente la revocación por causas de ingratitud y superveniencia de los hijos; la de Cataluña, por costumbre elevada á derecho escrito, la admite sólo por superveniencia de hijos, y esto después de la muerte del padre y cuando es la donación de todos los bienes y perjudica á los legítimos; y la de Navarra en su silencio es suplida por el Derecho romano, que establece terminantemente la revocación por ingratitud, y que da lugar á reñidas cuestiones entre los intérpretes respecto á la que tiene lugar por el nacimiento de los hijos, posterior á la donación.

»Se ve, pues, que la legislación más favorable á la revocación de las donaciones es la de Castilla, que, adoptando una opinión más seguida en los siglos medios que en nuestros días, erigió en ley lo que opinaban algunos jurisconsultos, á saber: que el Derecho romano, al establecer la revocación de las donaciones, refiriéndose especialmente á las relaciones entre los patronos y libertos, debía aplicarse como regla general á todos los casos que se presentaran, cualesquiera que fueran los donantes y donatarios.

»No cabe dentro de los límites á que tiene que circunscribirse el proyecto, borrar estas desigualdades; sólo al Código civil le está reservada la nivelación; pero sí está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta á los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria á que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, si obtiene sobre ella

algún derecho real. Y esta regla sólo podrá ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará á tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido.

»En este punto sufrirán una reforma todas las legislaciones de la Península, no así en las relaciones entre los donantes y adquirentes, respecto á los cuales quedará subsistente el antiguo derecho en lo que concierne á la acción personal, y aun también por lo tocante á la real, mientras que la cosa donada no haya pasado á manos de un tercer poseedor, ó no haya sido gravada con una carga real ó con una hipoteca. No es esta reforma tan grave como á primera vista aparece, si se atiende á que son pocos los ejemplos que se presentan de revocación de donaciones por ingratitud ó superveniencia de hijos. Pero aun en el caso de que el proyecto pase á ser ley, podrán seguir gozando los donantes de los beneficios hasta aquí establecidos, sin más que expresar en las donaciones que éstas quedarán revocadas en los casos referidos ó en otros que estimen conveniente.

»Conforme está en parte con lo que propone la Comisión el proyecto del Código civil; éste, después de limitar mucho en su extensión y efectos la revocación de las donaciones por la ingratitud del donatario, establece que cuando por esta causa sea revocada la donación queden subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la inscripción de revocación en el Registro de hipotecas, y que las posteriores sean anuladas. Sigue en este punto á la ley romana que lo estableció y cuyos fundamentos son que al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone á la ingratitud del donatario; que la traslación hecha por éste da al tercero un derecho absoluto no sujeto á actos ajenos, y que, en el hecho de no haber reclamado el donante, da una prueba de haber remitido la ofensa. No es igual la decisión del proyecto del Código civil respecto al caso de revocación por superveniencia de hijos, pero la Comisión, sin falsear el sistema, no podía admitirla.»

Tales son las palabras que á tan interesante materia consagra el preámbulo de la ley Hipotecaria de 1861.

Tres son los preceptos de la ley Hipotecaria que de un modo concreto dicen relación á las causas revocatorias de la donación.

Es el primero el art. 36, constitutivo, por decirlo así, de la regla general, y á cuyo tenor, las acciones rescisorias y *resoluto-*

rias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en la ley Hipotecaria.

Por consecuencia lógica se exceptúan las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten *explícitamente* en el Registro. (Art. 37, párrafo primero.)

Finalmente, dice el art. 38, también de la ley Hipotecaria, que por consecuencia de lo dispuesto en el art. 36 no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

Primera. Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.

Con razón dicen los Sres. Galindo y Escosura que este último precepto es completamente inútil. Rigurosamente el teorema hállase encerrado en el art. 36, que es el fundamental; el 38 es un corolario, una como á modo de glosa de aquél, pero tan sencilla y llana, que aunque se suprimiera su expresión en la ley, no pecaría ésta de obscuridad.

Habrán observado nuestros lectores que el art. 37, más arriba transcrito, emplea la palabra *explícitamente,* y sobre su inteligencia dejamos la palabra á los ilustres comentaristas de la ley Hipotecaria, porque siendo ya ésta, mies trillada, sería vana pretensión volverla al trillo.

Que la ingratitud y la superveniencia de hijos, dicen los señores Galindo y Escosura, fueron siempre y son hoy causa bastante de revocación de las donaciones, nadie lo ignora ó nadie debe ignorarlo, y por ello parece que no había de ser preciso que constasen en el Registro semejantes condiciones, para que produjesen efecto contra tercero, porque al comprar éste una cosa donada, ya sabe ó debe saber que por tales motivos caduca la donación, y, por lo tanto, que el dominio que se le traspasa es eventual y revocable y que al transferirla el donatario sólo transfiere lo que tiene. Y esta doctrina, siguen diciendo dichos autores, puede apoyarse en la misma que expone la Comisión, para preceptuar lo contrario, porque después de enumerar, en la *Exposición de motivos,* las diversas leyes que rigen la materia de donaciones en las distintas provincias de la Monarquía, dice: «que sólo al Código civil corresponde nivelar estas desigualdades;

pero que la Comisión está en el deber de introducir una regla por lo que respecta á los derechos del tercer adquirente, que *sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria* á que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio

Mas ya, prosiguen, que ni la misma ley Hipotecaria, ni el Código civil, han adoptado este criterio, sino que aquélla exige que conste, *explícitamente*, en el Registro, la causa de la acción rescisoria, y éste declara subsistentes las enajenaciones hechas y las hipotecas impuestas por el donatario, en los indicados casos de revocación, deber nuestro es fijar la inteligencia que ha de darse á aquel adverbio, que equivale al de *señaladamente* que usan las Partidas.

Entendemos que siempre que conste en el Registro una circunstancia que, forzosamente y sin que sean necesarios hechos posteriores, lleve envuelta en sí la rescindibilidad del acto ó contrato, se ha cumplido la condición legal, aun cuando no se mencione determinadamente el caso de la rescisión ó nulidad; pero que si la circunstancia, causa de la nulidad ó rescisión, aunque conste en el Registro, no las produce por sí misma, sino que han de determinarse por hechos posteriores, desconocidos ó eventuales, no ha de entenderse que conste de un modo explícito.»

Y constriñendo ya su comentario al corolario contenido en el art. 38, dicen: «Con arreglo á la inteligencia que antes hemos dado al precepto del art. 37, como la rescisión que puede sobrevenir por ingratitud del donatario ó por superveniencia de hijos (no expresándose estos casos), no tendrá su origen en la escritura de donación que se inscribe, en la que no se mencionaban, sino en sucesos posteriores é independientes, que no constan en el Registro, no pueden perjudicar á tercero.»

Tal es el criterio mantenido por los ilustres comentaristas de la ley Hipotecaria Sres. Galindo y Escosura, criterio que nosotros nos honramos en seguir, por entender que es el verdadero.

ART. 654. Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas, computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de s

muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.

Concordancias.—Igual á los artículos 971 y 653 de los proyectos de 1851 y 1882 respectivamente.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 5.ª, tít. IV, ley 8.ª*—... E si por auentura alguno que ouiesse fijos legitimos quisiesse fazer donacion á otro puedelo fazer: en tal manera que todavia finque en saluo á los fijos la su parte legitima tambien en vida de su padre, como despues de la su muerte. E la parte legitima es segun dize en el título del establescimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar los fijos: fasta en la cuantia de su parte legitima.

ART. 655. Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causahabientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante ni por declaración expresa ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

Concordancias.—Igual al art. 654 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Véanse los del artículo anterior.

ART. 656. Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso, las de fecha más reciente.

Concordancias.—Análogo al art. 972 del proyecto de 1851 é igual al 655 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 654, 655 Y 656.—Son estos tres artículos el desenvolvimiento del principio sentado en el 636.

La donación—segun éste—no puede pasar cuantitativamente de lo que el donante puede dar por testamento, siendo inoficiosa en el exceso. Pues bien: el 654 señala el momento que rige para el cómputo del valor de los bienes donados como determinante de la inoficiosidad, é indica la forma de reducir la donación, de extirpar su inoficiosidad; el 656 dicta una regla especial para conseguir esto en el caso de pluralidad de donaciones, y el 655 expresa qué personas pueden pedir la reducción.

1.° *Personas con derecho á impugnar la inoficiosidad y pedir consiguientemente la reducción de la donación en lo que tenga de inoficiosa.*—Enumera dichas personas el art. 655 y no peca ciertamente de tacaño y miserable, porque la enumeración, de seguro con la idea loable de evitar dudas, es doble, hablando el legislador en una de manera positiva y en otra negativamente.

En su primer párrafo dice quiénes pueden pedir la reducción, á saber: los que tengan derecho á la legítima, ó á una parte alícuota de la herencia y sus herederos ó causahabientes. Y aunque al mencionar estas personas emplea el adverbio *sólo*, de donde se infiere con claridad que el derecho se concreta y circunscribe á las personas citadas, excluyendo á cualesquiera otras, comprendiendo, sin duda, el legislador que en lucha de intereses económicos lo imposible se convierte en problable y lo inverosímil se trans

forma en verosímil, ha querido alejar el espectro de la contienda judicial añadiendo quiénes no pueden pedir la reducción, como son: los donatarios, los legatarios de parte no alícuota y los acreedores del donante.

Están facultados para solicitar la reducción, según palabras del artículo, «aquellos que tengan derecho á la legítima ó á una parte alícuota de la herencia»; es decir, los herederos forzosos ó legítimos, los herederos testamentarios y los legatarios, unos y otros que sean de parte alícuota.

«Los que tengan derecho á la legítima» dice en primer termino, luego serán los herederos que enumera el art. 807 con relación al 806 como herederos forzosos, ó sean los ascendientes y descendientes legítimos, los padres y los hijos naturales y el cónyuge viudo, que son precisamente herederos forzosos por tener derecho á una porción ó cuota de bienes de la sucesión; y esta idea de cuota, que es la que origina la facultad de pedir la reducción, es inherente al derecho de todos los mencionados herederos, tanto respecto á los necesarios, cuya legítima consiste en una parte alícuota de los bienes de su causante, como al viudo, legitimario por una cuota en usufructo, y lo mismo á los padres é hijos naturales, cuyo derecho es también de una parte ó cuota del haber hereditario.

No sólo compete el derecho á exigir la reducción de la donación inoficiosa á los herederos legítimos, sino también á los voluntarios ó testamentarios que lo sean de parte alícuota. En ambos casos existe igual razón, puesto que el precepto del legislador suple la voluntad presunta del testador, y debe haber igual derecho. Pero es condición indispensable que sea un heredero de parte alícuota, de una fracción, porción ó cuota de la masa de bienes, por decirlo así expresamente el artículo. De aquí se deduce lógicamente que los herederos que no lo sean por parte alícuota no tienen derecho á solicitar la reducción, confirmando este criterio el art. 768 en cuanto declara que el heredero instituído en cosa cierta y determinada será considerado como legatario. Pero legatario de cosa cierta y determinada, porque los de parte alícuota tienen perfecto derecho á reclamar la reducción, tanto porque el párrafo primero del art. 655 habla ampliamente, «los que tengan derecho á una parte alícuota de la herencia», sin distinguir entre herederos ó legatarios, como porque el párrafo

último del mismo artículo excluye de manera franca á los legatarios que no sean de parte alícuota, de donde es preciso inferir *á contrario sensu* que no rechaza á los legatarios de parte alícuota, puesto que calla tocante á ellos.

El derecho concedido por el Código para solicitar la reducción no es intrasmisible: pasa á las personas que ostenten un derecho proveniente de aquellas á quienes la ley otorga la facultad de combatir por la reducción la inoficiosidad de la donación. Conforme al artículo de que nos venimos ocupando, gozan de tal facultad los herederos ó los causahabientes de los herederos legitimarios, y de los voluntarios y legatarios de parte alícuota.

Habla también aquí el artículo en términos generales de los herederos, comprendiendo, por tanto, á todos, sean forzosos ó voluntarios, legítimos ó testamentarios.

El derecho de éstos no nace hasta la muerte de su causante, porque en vida de éste á él corresponde ejercer la acción correspondiente. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten, conforme al art. 657, desde el momento de su muerte, siendo lícito adicionar el precepto en el sentido de que acontece igual á los derechos *con motivo* de una sucesión. Mientras vive la persona á quien compete el derecho, éste reside exclusivamente en ella; una vez fallecida, el derecho se ramifica por los que traen causa de la misma.

El dominio, el territorio del artículo se extiende muchísimo más; llama al derecho establecido en su párrafo primero á los causahabientes de los herederos, ó sea de los que en primer lugar les corresponde el derecho de pedir la reducción. En este concepto se cobijan todos los que reconocen como causa de un derecho suyo al heredero ó legatario de parte alícuota del donante, es decir, donatarios, legatarios y acreedores, porque cada uno de ellos, en virtud de su título respectivo, se coloca en el lugar jurídico de su causante. Comprende indudablemente el precepto á los acreedores por la razón de que gozan también de un derecho establecido por el heredero ó legatario, y además, en vista de la letra y, sobre todo, del espíritu del art. 1.111, que subroga al acreedor en los derechos del deudor que no sean personales.

El derecho establecido en el art. 655 es irrenunciable temporalmente. Ninguno de los favorecidos por el Código puede renunciar al derecho de exigir la reducción durante la vida del

donante, ni expresamente, ó sea por declaración, en este sentido, ó tácitamente ó prestando su consentimiento á la donación. Así lo dice el párrafo segundo del artículo y así tiene que ser, porque estando íntimamente ligada, al menos en algunos casos, la inoficiosidad de la donación con la cuota legitimaria, toda renuncia acerca del derecho á pedir la reducción, implicaría otra referente á la legítima futura, nula á tenor del art. 876. Y aunque el artículo habla sólo de renuncia, creemos aplicable su criterio prohibitivo á la transacción, por cuanto este artículo (876) lo menciona también y porque la transacción envuelve la renuncia de todo ó parte de un derecho.

El precepto expresa los dos modos en los que encarna más franca y lealmente la renuncia; pero si aquélla se presentare de manera embozada y cubierta bajo una modalidad distinta, no hay que esforzarse para comprender que la prohibición la alcanzaría también, porque lo que el Código quiere prohibir es la renuncia, y si cita sólo esos dos aspectos es por la razón de que son los propios de ella.

La restricción se limita á la vida del donante. Muerto éste, cabe la renuncia porque ya no se trata de derechos futuros, que es donde cabe el perjuicio y el engaño para el renunciante, sino de derechos presentes; exactamente igual que en la materia de legítimas, relacionada, volvemos á decir, con la que es objeto de estudio.

Según hemos indicado antes, el artículo dedica su párrafo último á determinar las personas que no pueden pedir la reducción de la donación ni aprovecharse de ella, y éstas son: los donatarios, los legatarios que no sean de parte alícuota y los acreedores del donante. La razón de excluir á éstos de la facultad conferida por el artículo, descansa, respecto á los donatarios y legatarios, en que como su derecho recae sobre cosa determinada, no influye nada en él la disminución del total caudal hereditario, y tocante á los acreedores, porque no pueden ejercer ningún derecho sobre bienes de que el deudor no era propietario.

***

2.° *Inoficiosidad de la donación y procedimiento para reducir ésta.*—Inoficiosidad es el exceso de la donación relativamente á la cantidad que se puede dejar en tal concepto, siendo dicha cantidad la de libre disposición por testamento.

Así se deriva del art. 636, en concordancia con el 654, y consta expresamente en los párrafos segundo y tercero del 819. Las donaciones hechas á extraños se imputarán—dice el párrafo segundo—á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible—añade el tercero—se reducirán según las reglas de los artículos siguientes (el 820 y el 821).

Si la existencia ó inexistencia de la inoficiosidad depende de que la cuantía de la donación ó donaciones exceda ó quepa respectivamente dentro de la parte de libre disposición testamentaria, si no puede surgir aquélla hasta la muerte del donante, es racional é insustituíble por otro precepto, el contenido en el párrafo primero del art. 654 de que para determinar la inoficiosidad se ha de computar el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Diáfana y clarísima es la razón en que se basa el precepto legal. Hasta el fallecimiento del donante nada se puede decir con certeza de la inoficiosidad por no saber quiénes serán los herederos y la calidad de éstos, circunstancias decisivas para la determinación de aquélla en cuanto que de las mismas depende la cuantía de la porción legitimaria en un caso, y en otros la cuota ó parte alícuota de los herederos y legatarios. Á su vez, respecto á la determinación de la legítima, antecedente necesario para la de la inoficiosidad cuando existan herederos forzosos, hay que regirse por el art. 818, conforme al cual, para fijar aquélla, debe atenderse al valor de los bienes relictos á la muerte del testador, deducidas las deudas y cargas, excepto las impuestas en el testamento, y agregados al valor líquido que resultare el de las donaciones colacionables en el tiempo en que fueron hechas. Referente á este mismo caso de la existencia de los herederos forzosos, conviene recordar también el párrafo primero del art. 819 y el 825. Según éste, para reputar mejora una donación *inter vivos*, onerosa ó meramente gratuíta, en favor de hijos ó herederos forzosos, es menester que el donante declare expresamente la voluntad de mejorar. Si es mejora, se imputará á la parte destinada precisa-

mente á tal objeto; si no tiene este carácter se computará en la legítima, conforme al citado párrafo primero del art. 819.

El art. 654 no determina la manera de verificar la reducción; hace una referencia al capítulo y á los artículos 820 y 821, cuyas reglas deberán observarse y estudiaremos en su lugar oportuno.

La referencia al capítulo, lejos de servir de guía, origina la duda, porque la materia de reducción es diversa de la de revocación. Además, ésta procede por varias causas (superveniencia de hijos, falta de cumplimiento de alguna condición, ingratitud); cada una de éstas determina distintos efectos respecto á tercero, y no es fácil determinar cuál criterio ha de aplicarse al caso de reducción ó si no será aplicable ninguno.

Nosotros nos inclinamos á lo último. La reducción equivale á la nulidad, sea total ó parcial, y, por consiguiente, sus efectos son los derivados de la nulidad.

Dos afirmaciones importantes contiene el art. 654. La de que la reducción no es obstáculo para que tenga efecto durante la vida del donante, porque, como dice el Sr. Goyena en sus *Estudios al proyecto de 1851,* hasta su muerte no puede saberse si la donación es inoficiosa y si ha de reducirse ó no, y la de que el donatario hace suyos los frutos, la cual se armoniza con otra del artículo 651, expresiva de que cuando la donación se redujere por el donatario devolverá los frutos vencidos desde la interposición de la demanda. El mismo distinguido civilista explica la procedencia de estos preceptos por la consideración de que como la donación fué válida y perfecta en un principio, el donatario percibió los frutos de buena fe.

Hasta entonces, su título era válido, y perfectísimo su derecho á percibir los frutos ó usufructuar la cosa donada.

El último artículo del capítulo que comentamos, el 656, formula una regla para la reducción en el caso de pluralidad de donaciones. En este caso dispone dicho artículo que se comenzará la reducción por la de fecha más reciente. Bigot-Preameneu, en la exposición de motivos del título de donaciones del Código Napoleón, expresa el fundamento de este precepto. «Es conforme á los principios de derecho que se anulen ó disminuyan las donaciones comenzando por las más recientes y siguiendo sucesivamente por las más antiguas. En las primeras no se ha traspasado la medida prescrita. Si la reducción recayese igualmente sobre to-

das las donaciones, el donante tendría un medio de revocar ó disminuir por nuevas donaciones las anteriores que hubiese hecho. Por otra parte, cuando se trata de atacar las propiedades que datan de un tiempo más ó menos remoto, prescribe y dicta el orden público que la propiedad más antigua sea conservada con preferencia. Tal es el fundamento de esta máxima: *Qui prior est tempore, potior est iure.*»

APÉNDICES

1.° (Art. 610.)

Ley de 16 de Mayo de 1835, sobre adquisiciones del Estado.—Bienes vacantes.—Buques náufragos.—Tesoros descubiertos en terrenos del Estado.—Bienes abintestatos, etc.

Las Cortes generales del Reino, después de haber examinado con el debido detenimiento, y observando todos los trámites y formalidades prescritas, el asunto relativo á las adquisiciones á nombre del Estado que por orden de V. M. de 20 de Octubre del año último, y conforme con lo prevenido en los artículos 30 y 33 del Estatuto Real, se cometió á su examen y deliberación, presentan respetuosamente á V. M. el siguiente proyecto de ley, para que V. M. se digne, si lo tuviere á bien, darle la sanción Real:

Artículo 1.° Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes:

Primero. Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna.

Segundo. Los buques que por naufragio arriben á las costas del Reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demás que se hallare en ellos, luego que pasado el tiempo prevenido por las leyes resulte no tener dueño conocido.

Tercero. En igual forma, lo que la mar arrojare á las playas, sea ó no procedente de buques que hubieren naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Se exceptúan de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante ó á aquel que los encuentra.

Cuarto. La mitad de los tesoros, ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquiera cosa de valor, ignorada ú ocultada que se halle en terrenos pertenecientes al Estado, observándose en la distribución de los que se encuentren en propiedades de particulares, las disposiciones de la ley 45, tit. XXVIII, Part. 3.ª Las minas de cualquiera especie continuarán sujetas á la legislación particular del ramo.

Art. 2.° Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado:

Primero. Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre.

Segundo. El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raices de abolengo á los colaterales.

Tercero. Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión.

Art. 3.° También corresponden al Estado los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes.

Art. 4.° En esta reivindicación incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que éstos puedan ser compelidos á la exhibición de títulos, ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio.

Art. 5.° El Estado puede, por medio de la acción competente, reclamar como suyos de cualquier particular ó Corporación en cuyo poder se hallen y en donde quiera que estuvieren, los bienes expresados en los artículos anteriores.

Art. 6.° Los bienes que por no poseerlos ni detentarlos persona ni Corporación alguna, careciesen de dueño conocido, se ocuparán desde luego á nombre del Estado, pidiendo la posesión real corporal ante el Juez competente, que la mandará dar en la forma ordinaria.

Art. 7.° Los buques que naufragaren, sus cargamentos y de-

más que en ellos se encontrare y las cosas que la mar arroje sobre sus playas, según lo expresado en los párrafos segundo y tercero del art. 1.°, serán también ocupados á nombre del Estado, á quien se entregarán previo inventario y justiprecio de todo, y quedando responsable á las reclamaciones de tercero, sin perjuicio de la recompensa ó derechos que con arreglo á las disposiciones que rigieren, adquieran los que contribuyen al salvamento del buque ó mercadería.

Art. 8.° La sucesión intestada á favor del Estado se abre por la muerte natural. También se abrirá por la muerte civil en el caso de que esta pena con todos sus efectos llegue á establecerse por nuestras leyes.

Art. 9.° En los casos en que la sucesión intestada pertenezca al Estado, el representante de éste podrá pedir ante el Juez competente la segura custodia, inventario, justiprecio de los bienes y su posesión sin perjuicio de tercero, que se le dará en la forma ordinaria, corriendo después el juicio universal sus ulteriores trámites.

Art. 10. Todas las reclamaciones y adquisiciones á nombre del Estado quedan sujetas desde la promulgación de esta ley, á los principios y formas del derecho común, bien sea por ocupación ó por acción deducida en los juicios universales de intestados, ó por reclamación contra los detentadores sin derecho.

Art. 11. La prescripción con arreglo á las leyes comunes excluye las acciones del Estado, y cierra la puerta á sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en esta ley.

Art. 12. La prescripción en igual forma legitima irrevocablemente las adquisiciones hechas á nombre del Estado.

Art. 13. Los bienes adquiridos y que se adquieren como mostrencos á nombre del Estado quedan adjudicados al pago de la Deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la Caja de amortización.

Art. 14. La Dirección de los ramos de amortización, como interesada en la conservación y aumento de las adquisiciones que le proporciona esta ley, adoptará las medidas que estime convenientes para promover su descubrimiento, ocupación ó reclamación.

Art. 15. La misma Dirección responderá de los gravámenes y

obligaciones de justicia afectas á las fincas que adquiriere por la presente ley.

Art. 16. Responderá también á las acciones que con arreglo á las leyes comunes se entablaren contra los bienes que hubiere adquirido y á la indemnización y saneamiento de los compradores en la forma establecida por derecho. En uno y otro caso sólo responderá de la cantidad líquida que hubiere ingresado en arcas.

Art. 17. Todos los juicios sobre la materia de la presente ley son de la atribución y conocimiento de la jurisdicción real ordinaria, y las acciones se intentarán ante el Juez del partido donde se hallaren los bienes que se reclaman.

Art. 18. Ningún particular podrá ejercitar las acciones que sobre la materia de esta ley correspondan al Estado.

Art. 19. Los Promotores fiscales en primera instancia y los Fiscales de las Audiencias y Tribunales Supremos en las ulteriores, de acuerdo con el Director de los ramos de amortización ó sus delegados, sostendrán las adquisiciones hechas á nombre del Estado, y también incoarán y perseguirán las demandas de reivindicación y demás que correspondan al Estado en virtud de esta ley.

Art. 20. Queda abolida la jurisdicción especial conocida con el nombre de Mostrencos, y la Subdelegación general de este ramo y sus dependencias.

Art. 21. Los empleados con sueldo, así de la Subdelegación general y su Tribunal como de las Subdelegaciones inferiores y sus Juzgados, quedan cesantes con el haber que les corresponda según clasificación.

Art. 22. Los pleitos pendientes en la Subdelegación general y en las Subdelegaciones de partido se continuarán y fallarán con arreglo á las disposiciones de esta ley.

Art. 23. Los Fiscales ó Promotores respectivos, á quienes desde luego se pasarán los pleitos pendientes, bien procedan de denuncia ó de oficio, los continuarán á nombre del Estado ó promoverán el sobreseimiento si no encontraren méritos bastantes para su prosecución, en cuyo caso se declara fenecido el litigio, y en libertad la finca ó efectos reclamados.

Art. 24. Para que el desistimiento de los Promotores fiscales surta los efectos que se indican en el artículo anterior, prece-

derá el consentimiento y conformidad del Fiscal de la Audiencia del territorio; y tanto en este caso como en el del artículo anterior, deberá preceder allanamiento por escrito del Director de los ramos de amortización ó sus delegados en las provincias.

Art. 25. Los pleitos pendientes en la Subdelegación general se pasarán inmediatamente á la Real Audiencia de Madrid para los fines indicados, y los que penden en las Subdelegaciones inferiores, á los Juzgados ordinarios del partido donde radiquen los bienes.

Art. 26. Quedan derogadas todas las leyes, ordenanzas é instrucciones sobre mostrencos.

Sanciono y ejecútese, etc. En Aranjuez á 9 de Mayo de 1835. (Fué promulgada en 16 del mismo.)

ORDENANZAS GENERALES DE LA RENTA DE ADUANAS

TÍTULO VIII

DISPOSICIONES VARIAS

CAPÍTULO PRIMERO

De la venta de géneros de las Aduanas.

Art. 421. No se procederá en las Aduanas ni en las Administraciones de Hacienda á la venta de los géneros abandonados ó sujetos á responsabilidad, hasta que cause estado la resolución administrativa que lo disponga.

Exceptúase de esta disposición los ganados y las mercancías sujetas á inmediato deterioro, que deberán venderse así que las Juntas administrativas, las arbitrales ó los Administradores de Aduanas, según los casos, hayan declarado la responsabilidad en que hubiesen incurrido sus dueños, depositándose entonces el importe en la forma general establecida.

Los materiales procedentes del desgüace de embarcaciones menores y vehículos que se aprehendan con contrabando, en los

casos en que no se proceda á su quema, como por regla general está prevenido, serán vendidos por partes ó como leña.

Art. 422. La venta de géneros se verificará, por regla general, en la Aduana en que se hallen depositados.

La Dirección podrá, sin embargo, disponer por sí, á propuesta del Administrador, ó á petición de los aprehensores, que la venta se verifique en punto distinto. En estos casos acompañará siempre á los géneros un inventario duplicado con tasación de las mercancías, del cual la Administración receptora devolverá un ejemplar con su recibo á la remitente.

Art. 423. Para proceder á la venta de géneros, se observarán las formalidades siguientes:

1.ª El Administrador dispondrá que un Vista tase las mercancías, según los precios corrientes en plaza, y que las divida en lotes que faciliten su venta.

2.ª La tasación y la división en lotes se anunciarán en el *Boletín Oficial* de la provincia y en uno de los periódicos de la población donde debe tener lugar la venta, expresando el sitio, día y hora en que haya de verificarse. Iguales anuncios se fijarán en los parajes públicos y en la tablilla de la oficina.

3.ª El Alcaide en las Aduanas, ó el empleado que tenga á su cargo los géneros en las Administraciones de Hacienda, cuidarán de la parte material relativa á la formación de lotes, con arreglo á lo dispuesto por su Jefe y Vistas, y á exponer los géneros en la subasta, sin cobrar por este servicio retribución alguna.

4.ª La subasta se verificará en las Aduanas ante el Administrador é Interventor respectivos, y en las Administraciones de Hacienda ante los Jefes de las mismas. Asistirá siempre un Notario y la voz pública, y se tendrán á la vista los expedientes relativos á los géneros objeto de la subasta.

5.ª No se admitirán proposiciones que no cubran la tasación.

6.ª Los géneros se adjudicarán al mejor postor.

Y 7.ª El Notario extenderá un acta por cada expediente, que autorizarán con su firma los funcionarios que hubieren asistido á la venta.

Cuando la subasta no pudiera ultimarse en un día, continuará en el siguiente.

Si la subasta no llega á 200 pesetas, asistirá á dicho acto, en

vez del Notario, un empleado de la Aduana con el carácter de Secretario.

Art. 424. El precio de cada lote subastado se abonará en el acto por el rematante, y el importe de todo lo recaudado ingresará diariamente en la Caja como depósito.

Art. 425. El Jefe que presida el acto suspenderá la subasta, siempre que note confabulación.

Así en este caso como en los de no presentarse proposiciones aceptables, dicho Jefe dispondrá la manera de presentar nuevamente los géneros á la venta.

En el caso de no haber remate, dispondrá que se saquen nuevamente los géneros á subasta en otro día, que se retasen ó que se proponga á la Dirección su remesa á otro punto, según creyese ser más conveniente á los intereses de la Hacienda y de los aprehensores.

Para la retasa se observarán las mismas reglas que para la tasación primitiva.

2.° (Art. 611.)

Caza.—*Ley de caza de 10 de Enero de 1879.*

SECCIÓN PRIMERA

Clasificación de los animales.

Artículo 1.° Los animales para los efectos de la ley, se dividen en tres clases:

Primera. Los fieros ó salvajes.

Segunda. Los amansados ó domesticados.

Tercera. Los mansos ó domésticos.

Art. 2.° Son animales fieros ó salvajes los que vagan libremente y no pueden ser cogidos sino por la fuerza.

Art. 3.° Son animales amansados ó domesticados los que, siendo por naturaleza fieros ó salvajes, se ocupan, reducen y acostumbran por el hombre.

Art. 4.° Los animales amansados ó domesticados son propios del que los ha reducido á esta condición mientras se man-

tienen en ella. Cuando recobran su primitiva libertad, dejan de pertenecer al que fué su dueño, y son del primero que los ocupa.

Art. 5.° Son animales mansos ó domésticos los que nacen y se crían ordinariamente bajo el poder del hombre, el cual conserva siempre su dominio.

Aunque salgan de su poder, puede reclamarlos de cualquiera que los retenga, pagando los gastos de su alimentación.

Art. 6.° Los animales fieros ó salvajes pasan á poder de los hombres por la caza.

Art. 7.° Se comprende bajo la acepción genérica de cazar todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender, para reducirlos á propiedad particular, á los animales fieros ó amansados que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.

SECCIÓN SEGUNDA

Del derecho de cazar.

Art. 8.° El derecho de cazar corresponde á todo el que se halle provisto de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza.

Art. 9.° Este derecho puede ejecutarse en los terrenos del Estado ó de los pueblos, y en los de propiedad particular, con sujeción á lo dispuesto en esta ley.

En los terrenos del Estado ó de los pueblos que no se hallen vedados por quien corresponda, será lícito cazar, según determina el art. 8.°

En los de propiedad particular sólo podrá cazar el dueño y los que éste autorice por escrito.

Art. 10. Todo propietario puede conceder licencia á un tercero para que utilice el derecho que le concede el artículo anterior, estableciendo las condiciones que tenga por conveniente, pero sin contrariar las de la presente ley.

Art. 11. Cuando el propietario no establezca condiciones especiales para cazar en su propiedad, se entenderá concedido el permiso con arreglo á las prescripciones de esta ley.

Art. 12. Cuando una finca pertenezca á diversos dueños cada uno de los propietarios, por sí ó por la persona que lo re-

presente, tiene derecho á cazar, pero no podrá conceder permiso á otro que no sea su representante para que lo haga mientras no obtenga el consentimiento de los condueños que reúnan al menos dos terceras partes de la propiedad.

Art. 13. El derecho de cazar corresponde al arrendatario de la finca si en el contrato de arriendo no se hubiese estipulado lo contrario.

Art. 14. Cuando el usufructo se halle separado de la propiedad ó la finca esté concedida en enfiteusis, el derecho de cazar corresponde al usufructuario ó enfiteuta. Cuando la finca esté en administración ó en depósito judicial ó voluntario, incumbe al administrador ó depositario la facultad de conceder ó negar el permiso de cazar.

Art. 15. Considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas, sin permiso escrito de su dueño mientras no estén levantadas las cosechas.

En los terrenos cercados y acotados materialmente ó en los amojonados nadie puede cazar sin permiso del dueño.

Art. 16. El cazador que, usando de su derecho de caza, desde una finca donde le sea permitido cazar hiera una pieza de caza menor que cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño cuando la heredad esté materialmente cerrada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta.

Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar sólo á coger la pieza herida ó muerta sin permiso del dueño; pero será responsable de los perjuicios que cause.

SECCIÓN TERCERA

Del ejercicio del derecho de caza.

Art. 17. Queda absolutamente prohibida toda clase de caza n la época de la reproducción, que es en las provincias de Alava, Ávila, Burgos, Coruña, Guipúzcoa, Huesca, León, Logroño, Lugo, Madrid, Navarra, Orense, Oviedo, Palencia, Ponte-

vedra, Salamanca, Santander, Segovia, Soria, Valladolid, Vizcaya y Zamora, desde 1.º de Marzo hasta 1.º de Septiembre; y en las demás del Reino, inclusas Baleares y Canarias, desde el 15 de Febrero al 15 de Agosto. En las albuferas y lagunas donde se acostumbra á cazar los ánades y silvestres, podrá realizarse hasta el 31 de Marzo.

Las palomas, tórtolas y codornices podrán cazarse desde 1.º de Agosto en aquellos predios en que se encuentren levantadas las cosechas.

Las aves insectívoras, que determinará un Reglamento especial, no pueden cazarse en tiempo alguno, en atención al beneficio que reportan á la agricultura.

Art. 18. Los dueños particulares de las tierras destinadas á vedados de caza, que estén realmente cercadas, amojonadas ó acotadas, podrán cazar en ellas libremente en cualquier época del año, siempre que no usen reclamos ni otros engaños á distancia de 500 metros de las tierras colindantes, á no ser que los dueños de éstas lo autoricen por escrito.

Art. 19. La caza de la perdiz con reclamo queda absolutamente prohibida en todo tiempo, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 20. Se prohíbe en todo tiempo la caza con hurón, lazos, perchas, redes, liga y cualquier otro artificio, excepción hecha de los pájaros que no sean declarados insectívoros en el Reglamento que se forme al afecto y de la concesión que contiene á favor de los dueños de terrenos el art. 18.

Se prohíbe igualmente la formación de cuadrillas para perseguir las perdices á la carrera, ya sea á pie ó á caballo.

Art. 21. Toda caza queda terminantemente prohibida en los días de nieve y en los llamados de fortuna.

Art. 22. Se prohíbe cazar de noche con luz artificial.

Art. 23. No se permite cazar con armas de fuego sino á la distancia de un kilómetro, contado desde la última casa de la población.

Art. 24. Los dueños ó arrendatarios de propiedades destinadas á la cría de caza, pueden colocar en ellas toda clase d útiles para la destrucción de animales dañinos ó seguridad de l finca; pero en manera alguna en los caminos, veredas ó senda de la misma propiedad.

Art. 25. Queda terminantemente prohibida la circulación y venta de caza y de pájaros muertos en toda España é islas adyacentes durante la temporada de veda, con la sola excepción marcada en el art. 27.

Art. 26. Los arrendatarios de montes y los que se dediquen á la industria de la saca de conejos, podrán tener hurones, previo el permiso del Gobernador civil de la provincia, el cual hará que se lleve un registro de los que conceda.

Dicho permiso se registrará en el Ayuntamiento en que esté domiciliado el que le obtenga, previo el pago de la contribución que corresponda por el que ejerza dicha industria.

Art. 27. El dueño de monte, dehesa ó soto que en tiempo de veda quiera aprovechar los conejos que haya en su propiedad podrá matarlos por cualquier medio, y previa licencia escrita de la autoridad local, venderlos desde 1.° de Julio en adelante. Desde esta fecha hasta que termine la época de veda, los conejos así muertos no podrán ser conducidos por la vía pública sin licencia del Alcalde del término municipal en que radiquen las tierras en que fueron cazados.

Art. 28. Únicamente podrá cazar el que haya obtenido del Gobernador civil de la provincia licencia de uso de escopeta y licencia de caza. Estas licencias sólo servirán para un año desde su fecha, y se concederán con arreglo á las leyes.

Art. 29. Sólo podrán otorgarse licencias de caza por los Gobernadores de las provincias, que en ningún caso las podrán conceder gratis.

Continuarán, sin embargo, los Capitanes generales con la facultad de conceder licencias gratuitas é intransferibles de caza únicamente á los militares en activo servicio, á los retirados con sueldo y á los condecorados con la cruz de San Fernando, cuyas circunstancias se harán constar precisamente en las mismas licencias, á las que acompañará siempre la cédula personal del interesado.

Art. 30. Los propietarios ó arrendatarios de los sitios destinados á la cría de caza pueden nombrar guardas jurados con sujeción á lo que determine el Reglamento.

Art. 31. Las declaraciones de los guardas jurados en las denuncias que hagan con arreglo á esta ley tendrán la fuerza de prueba plena, salvo siempre la justificación en contrario.

SECCIÓN CUARTA

De la caza de las palomas.

Art. 32. No podrá tirarse á las palomas domésticas ajenas sino á la distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aun así no podrá hacerse con señuelo ó cimbeles ni otro engaño.

Art. 33. Para evitar los perjuicios que en ciertas épocas del año pueden causar las palomas, tanto domésticas como silvestres, dedicadas á criaderos en palomar, los Alcaldes de los pueblos donde existan los palomares dictarán las disposiciones que crean oportunas, fijando las épocas en que deben hallarse cerrados.

SECCIÓN QUINTA

De la caza con galgos.

Art. 34. Desde 1.º de Marzo á 15 de Octubre se prohíbe en toda España é islas adyacentes la caza con galgo en las tierras labrantías desde la siembra hasta la recolección, y en los viñedos desde el brote hasta la vendimia.

Art. 35. Los que quisieren cazar con galgos deberán obtener una licencia especial del Gobernador civil de la provincia, previo el pago de 25 pesetas, cuya licencia sólo servirá para un año desde su fecha, seis personas y diez perros.

SECCIÓN SEXTA

De la caza mayor.

Art. 36. La veda establecida para la caza menor comprende también á la mayor.

Art. 37. Todo cazador que hiera á una res tiene derecho á ella mientras él solo ó con sus perros la persiga.

Art. 38. Si una ó más reses fuesen levantadas y no herid por uno ó más cazadores ó sus perros, y otro cazador matase u ó más de aquéllas durante la carrera, el matador y los comp

ñeros que con él estuvieran cazando tendrán iguales derechos á la pieza ó piezas muertas que los cazadores que las hayan levantado y persigan.

SECCIÓN SÉPTIMA

De la caza de animales dañinos.

Art. 39. La caza de animales dañinos que determinará el Reglamento, es libre en los terrenos del Estado ó de los pueblos, y en los terrenos de propiedad particular no cerrados ó amojonados; pero en los cercados, pertenezcan á los pueblos ó á los particulares, no será permitida sin licencia escrita de los dueños ó arrendatarios.

Art. 40. Los Alcaldes estimularán la persecución de las fieras y animales dañinos, ofreciendo recompensas pecuniarias á los que acrediten haberlos muerto.

Al efecto, incluirán entre sus gastos obligatorios la correspondiente partida en el presupuesto municipal de cada año.

Art. 41. Cuando las circunstancias lo exijan, los Alcaldes, previa autorización del Gobernador civil de la provincia, podrán obtener batidas generales para la destrucción de animales dañinos y el envenenamiento de éstos.

Tomarán las medidas necesarias para la seguridad y conservación de las personas y de las propiedades, el modo, la duración, el orden y la marcha de la operación, y todas las demás que sean necesarias para asegurar la regularidad y evitar los peligros y los inconvenientes.

Art. 42. Las batidas y los envenenamientos serán dirigidos por personas peritas que nombrarán las Autoridades administrativas, y se anunciarán durante tres días consecutivos por medio de bandos en el pueblo en cuyo término haya de tener lugar y en los pueblos colindantes.

Art. 43. El resultado se pondrá en conocimiento del Gobernador civil de la provincia por medio de un informe, en el que se consignarán todas las observaciones necesarias á dar cuenta exacta en la forma en que se ha llevado á efecto la operación.

SECCIÓN OCTAVA

Penalidad y procedimientos.

Art. 44. La acción para denunciar las infracciones de esta ley es pública.

Queda absolutamente prohibida la venta de caza viva ó muerta durante el tiempo de la veda.

Los contraventores serán castigados con la pérdida de la caza que se encuentre en su poder, la cual se repartirá por mitad entre el denunciante y el agente de la autoridad que hiciese la aprehensión, procediéndose en estas denuncias en conformidad á lo dispuesto en los dos artículos siguientes 45 y 46 de esta ley.

Art. 45. Las denuncias por infracciones de esta ley se sustanciarán forzosamente á los ocho días de formalizadas, bajo la responsabilidad del Juez municipal, el cual tendrá la obligación de dar recibo al denunciante, de la fecha en que la admite.

Art. 46. Las referidas denuncias se sustanciarán en juicio verbal de faltas, oyendo al denunciador, al fiscal y al denunciado, si se presenta, recibiendo las justificaciones que se ofrezcan y pronunciando en el acto la sentencia, consignándolo todo en un acta que firmarán los concurrentes y el Secretario. Cuando la sentencia sea condenatoria, se impondrá el pago de las costas al denunciado.

Art. 47. En las infracciones de esta ley se impondrá siempre la pérdida del arma ó del objeto con que se pretende cazar. El arma podrá recuperarse mediante la entrega de 50 pesetas en papel de pagos.

Art. 48. En todo caso el infractor será condenado á la indemnización del daño según tasación pericial, á la pérdida de la caza y á una multa que por primera vez será de 5 á 25 pesetas, por la segunda de 25 á 50 y por la tercera de 50 á 100, siempre en papel de pagos.

Art. 49. El insolvente en el pago de esta multa sufrirá un día de arresto por cada 2 pesetas y 50 céntimos que deje de satisfacer.

Art. 50. El que, entrando en propiedad ajena sin permiso de dueño, sea cogido *infraganti* con lazos, hurones ú otros ardides para destruir la caza, será considerado como dañador, y entre

gado á los Tribunales ordinarios para que le castiguen con arreglo al art. 530 del Código penal.

Art. 51. Toda persona que destruya los nidos de perdices y los demás de caza menor será condenada en juicio de faltas á pagar de 5 á 10 pesetas por primera vez, de 10 á 20 pesetas la segunda y de 20 á 40 la tercera. El que en tiempo de veda destruya los nidos de las aves que el Reglamento especial considere útiles á la agricultura será castigado la primera vez con una multa de una á 5 pesetas, la segunda de 5 á 10 y la tercera de 10 á 20.

Art. 52. El que por más de tercera vez infrinja las disposiciones de esta ley será considerado reo de daño, y entregado á los Tribunales para que como tal se le juzgue.

Art. 53. Los padres, representantes legales y amos de los infractores serán responsables civil y subsidiariamente por las infracciones que cometan sus hijos, criados ó personas que estén bajo su poder.

Art. 54. La acción para perseguir las infracciones de la presente ley prescribe á los dos meses de haberlas cometido.

DISPOSICIONES GENERALES

Primera. Queda á cargo de la Guardia civil, que por su instituto ejerce vigilancia en el campo y despoblado, el cumplimiento de esta ley en todas sus partes.

Segunda. El Gobierno de S. M. publicará los Reglamentos necesarios para la ejecución de la presente ley.

Tercera. Toda licencia de caza llevará impresos en el reverso los artículos de esta ley y del Reglamento que se consideren necesarios.

Cuarta. Los Gobernadores de provincia tendrán obligación de publicar quince días antes de empezar y concluir el tiempo de la veda, edictos recordando el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.

Quinta. Quedan, en su virtud, derogadas todas las ordenanzas, pragmáticas, reglamentos, decretos y leyes anteriores á ésta en cuanto se refieran á la caza.

Dado en Palacio á diez de Enero de mil ochocientos setenta y nueve.—YO EL REY.— El Ministro de Fomento, *C. Francisco Queipo de Llano.*

Real orden de 7 de Mayo de 1880 sobre exacto cumplimiento de la ley de caza y disposiciones vigentes sobre licencias de uso de armas.

Secundando el Gobierno de S. M. las justas aspiraciones del país y de sus legítimos representantes en las Cortes, jamás prescindirá de hacer cumplir con toda severidad lo dispuesto por la ley de caza de 10 de Enero de 1879, y muy principalmente cuanto se refiere á la observancia de la veda.

Tuvo por objeto aquella disposición legislativa el fomento de uno de los ramos más abandonados de nuestra natural riqueza, y sería por demás sensible que por una punible tolerancia de los que tienen el deber de hacerla cumplir, fueran estériles sus prescripciones, y hasta los nuevos conocimientos que en sus disposiciones se advierten, comparadas con las que prescribía el decreto reglamentario de 1834.

Por desgracia, consta á este Ministerio que no todas las autoridades municipales han cumplido con sus deberes por no adoptar, desde que ha tenido principio la veda, las medidas eficaces que han debido dictar para que se aplique á los contraventores la corrección conveniente, ya por no observar con rigor la veda, ya por valerse de medios prohibidos en el ejercicio de la caza, ya por dejar circular las especies sin el requisito de que sus poseedores acrediten en forma debida y legal que han sido obtenidas en su propiedad.

Partiendo, pues, de estas consideraciones, S. M. el Rey (Q. D. G.), se ha servido disponer que se recuerde á los Gobernadores la necesidad de que exijan con toda severidad á los Alcaldes de sus provincias los estados mensuales de las correcciones impuestas, según está ordenado, y de que al remitirlos á la Dirección general de Instrucción pública, Agricultura é Industria, expresen además los funcionarios que se hayan distinguido en este servicio, así como los que por su negligencia y abandono se hayan hecho acreedores á su Real desagrado; siendo, por último, la voluntad de S. M. se signifique al Ministerio de la Gobernación la conveniencia de que este Centro comunique las órdenes oportunas para que no se permitan tales abusos, sino el más exacto cumplimiento de dicha ley, observándose con

igual rigor las disposiciones vigentes sobre licencias de uso de armas.

De Real orden, etc.—Madrid, 7 de Mayo de 1880.—*Lasala.*—Sr. Director de Instrucción pública, Agricultura é Industria.

Circular de 5 de Febrero de 1881 sobre el debido celo y rigor en la estricta observancia de la veda.

...S. M. el Rey (Q. D. G.) ha tenido á bien disponer se signifique á V. S. que, además de exigir á los Alcaldes, como está prevenido, remitan á la Dirección general de Agricultura los estados mensuales de las correcciones impuestas, expresando los funcionarios que más se han distinguido en este servicio, despliegue V. S. el mayor celo y rigor en la estricta observancia de la veda dentro del territorio de su provincia, anunciándola oportunamente en el *Boletín Oficial,* con inserción de los artículos de la ley que á dicho punto se refieren, y dictando cuantas disposiciones estime convenientes para el más exacto cumplimiento de los mismos.

Real orden de 14 de Marzo de 1881 sobre cumplimiento de la ley de caza.—Prevenciones sobre publicación de edictos de la veda.—Sobre la caza de perdiz con reclamo macho y destrucción de nidos.—Sobre circulación y venta de caza.—Caza con hurones, con galgos.

Cuanto más liberal y expansiva es la política que el Gobierno de S. M. se ha propuesto realizar, mayor esmero exige por parte de sus delegados en las provincias para procurar el cumplimiento estricto y riguroso de todas las leyes, aun las que pudieran considerarse como de un orden hasta cierto punto secundario en la esfera de los intereses sociales.

Previene la disposición 4.ª de las generales establecidas en la ley de 10 de Enero de 1879 que los Gobernadores de provincias tienen obligación de publicar quince días antes de empezar y concluir el tiempo de la veda, edictos recordando el cumplimiento de aquélla; y al llenar V. S. este deber, que no por ha-

berse dilatado durante algunos días puede continuar en el olvido, será conveniente que estudie las costumbres de la provincia de su mando en materia de caza, á fin de hacer aplicación de los artículos de la ley más adecuados para corregir los abusos que en la época de la veda se cometen, ya al amparo del derecho que aquélla reconoce á los propietarios para cazar y conceder licencias en sus terrenos acotados, ya abusando de la tolerancia de la Guardia civil, encargada del cumplimiento de la ley en todas sus disposiciones, y principalmente en las relativas á exigir sin contemplaciones las licencias de uso de armas y de caza.

La de perdiz con reclamo macho es en la época presente de las más devastadoras en sus efectos, y, por lo mismo, debe ser perseguida con mayor rigor. Nada hay más fácil para la Guardia civil, que por la estabilidad en las poblaciones que su organización permite, tiene medios de conocer personalmente á casi todos los cazadores de oficio ó de afición en su comarca respectiva, que el saber si hacen uso de la escopeta ó del reclamo en propiedad particular ó con la competente licencia, ó si abusan de ellos para cazar en terrenos públicos ó en particulares sin permiso; y no es excusable por parte de los individuos de dicho benemérito Cuerpo la indiferencia con que se viene mirando este servicio, y la falta de observancia en que se encuentra el art. 19 de la ley.

La destrucción de los nidos de perdices y los demás de caza menor, penada en el art. 51, es otra de las faltas que con más frecuencia se cometen en la primavera, ya por las personas que se ocupan en escardar los sembrados, ya por los pastores que apacientan sus ganados en fincas á propósito para la cría; y la Guardia civil debe hacer responsables á los capataces de las cuadrillas, juntamente con los individuos que cometan dicho abuso, sometiendo á unos y á otros á los Juzgados municipales, y exigiendo certificaciones de las sentencias que recaigan, para ponerlas en conocimiento de V. S., á fin de que por su autoridad pueda formarse idea exacta del rigor ó de la lenidad con que se apliquen las disposiciones penales de la ley de caza, y elevarse al Gobierno las observaciones convenientes.

En cuanto á la *circulación y venta de caza* durante la época de veda, prohibida por el art. 25 de la ley, debe V. S. desplegar la mayor energía, encargando una vigilancia exquisita, no sólo á los individuos del Cuerpo de la Guardia civil, sino á todos los

agentes de su autoridad, previniendo á los Alcaldes que hagan entender á los empleados de Policía urbana y del resguardo de puertas, que serán castigados con el mismo rigor que los infractores si no los someten á la autoridad de los Jueces municipales con la caza aprehendida.

A este fin convendrá también que V. S. inculque en el ánimo de dichos funcionarios, y haga entender á las Empresas de ferrocarriles y de transportes, que la circulación y venta de la caza, aun de la procedencia de propiedades particulares, está prohibída en absoluto durante la temporada de la veda, y sin otra excepción que la de los conejos muertos en propiedad particular desde 1.º de Julio en adelante, los cuales no podrán ser conducidos por las vías públicas sin licencia del Alcalde del término municipal en que radiquen las tierras en que fueron cazados.

Una vigilancia esmerada en las estaciones de ferrocarriles para que no se expidan, transporten ni entreguen piezas de caza hasta el 1.º de Julio, ni tampoco desde esta fecha en adelante, sino los conejos procedentes de propiedad particular que sean conducidos con la licencia expresada, será de un resultado eficacísimo, porque el mejor freno para la afición inmoderada é impaciente de los cazadores ha de ser seguramente el no poder llevar á las poblaciones las muestras de sus triunfos venatorios.

También debe V. S. recomendar muy especialmente á la Guardia civil, con cuyos Jefes en esa provincia debe V. S. ponerse de acuerdo para el más exacto cumplimiento de esta circular, la observancia estricta del art. 26 de la ley, en punto á la *persecución de hurones;* teniendo entendido que sólo es lícito criarlos y tenerlos á los arrendatarios de montes que se dediquen á la industria de la saca de conejos, y, aun en este caso, con el permiso previo de V. S., que deberá registrarse en ese Gobierno y en el Ayuntamiento en que esté domiciliado el que lo obtenga. La Guardia civil debe tomar copia exacta de estos registros y perseguir los hurones hasta en el domicilio de sus dueños, penetrando en él cuando fuere necesario, con el auxilio de la autoridad judicial y en la forma permitida por la Constitución y las leyes.

Más fácil aún es impedir y castigar la *caza con galgos,* tan perjudicial en el período de la veda para la reproducción, como

dañosa para las siembras y viñedos en que se verifica. No debe tolerarse la circulación de los galgos por los campos sino atados ó acollerados, desde 1.° de Marzo hasta 15 de Octubre, época marcada en el art. 34 de la ley como de veda para la caza de liebres; y aun en los meses restantes tampoco debe permitirse sin exigir á sus dueños la licencia especial establecida en el artículo 35, pudiendo la Guardia civil y los agentes todos de la autoridad recoger y entregar á los Jueces municipales los galgos que circulen sin estos requisitos.

Tales son las principales observaciones que debe V. S. tener presentes al recordar el cumplimiento de la ley de caza, prestándole por su parte el apoyo que la misma exige de su autoridad; y para que así tenga efecto, S. M. el Rey (Q. D. G.) se ha dignado disponer:

1.° Que publique V. S. inmediatamente en el *Boletín Oficial* de esa provincia, y haga que se fijen por los Alcaldes en los sitios públicos, los edictos prevenidos en la disposición 4.ª de las generales de la vigente ley de caza.

2.° Que poniéndose de acuerdo con los Jefes de la Guardia civil en esa provincia, y dando traslado de la presente circular á los de la línea y de puesto de dicho instituto, les haga para su más exacto cumplimiento las prevenciones especiales que exijan las condiciones y costumbres de los pueblos y campos en que haya de prestar respectivamente este servicio, y especialmente en lo relativo á licencias de uso de armas.

3.° Que por los Comandantes de los puestos y por el conducto reglamentario se dé conocimiento á ese Gobierno, no solamente de todos los servicios que los individuos del Cuerpo presten en materia de persecución de la caza prohibida, sino de las correcciones que por los Juzgados municipales se imponga por faltas denunciadas, á cuyo efecto debe exigir en cada caso certificación de la sentencia que recaiga en el respectivo juicio.

Y 4.° Que por parte de V. S. se dicten las órdenes más terminantes para impedir la circulación y venta de la caza durante el período de la veda en que nos encontramos, fijando especialmente su atención en las Empresas de ferrocarriles, á las cuales debe prevenir que no permitan la facturación y transporte de caza y de pájaros muertos, sino en el caso y con los requisitos establecidos en el art. 27 de la ley.

De Real orden, etc. Madrid, 14 de Marzo de 1881.—*González.*—Sr. Gobernador de la provincia de...

Circular de 2 de Marzo de 1888 haciendo prevenciones á los Gobernadores para la más rigurosa observancia de las disposiciones legales sobre caza.

La rigurosa observancia de las leyes de caza es un hecho tan natural en los pueblos más adelantados, que su estadística criminal apenas registra algún caso en que hayan sido infringidas. Tanto por la acción de las autoridades y por el vigilante esmero con que procuran el cumplimiento de aquellas reglas, como por la costumbre, se afirma el derecho de propiedad y se garantizan además intereses generales, beneficiosos para todos y dignos de la mayor consideración.

Esto no ocurre desgraciadamente en nuestro país. Los preceptos de la ley de 10 de Enero de 1879 no se obedecen ni se practican en la forma severa en que es preciso se cumplan. Las diversas circulares y órdenes dictadas después de aquella fecha para asegurar su ejecución, no han logrado el objeto que las inspirara. El ministro que suscribe, en vista de las reiteradas quejas que ha recibido y de la lenidad con que se procede en esta materia, se halla en el caso de declarar y manifestar á V. S. que las faltas en la observancia de aquellas disposiciones está perjudicando considerablemente los intereses públicos y privados, y que es necesario poner término á ese mal de una manera enérgica, persistente y eficaz para remediarlo.

Semejante propósito se conseguirá, desde luego, si V. S., fiel á las instrucciones del Gobierno, pone todo su empeño en realizarlo La falta de cumplimiento de los preceptos legales nace del error de que la caza ha de considerarse, en primer término, como un ejercicio imaginado para recreo de las gentes ó propio, á lo sumo, para desenvolver y educar las fuerzas físicas, acelerando su desarrollo y contribuyendo á la mayor higiene de los habitantes de un país. Tales aspectos de la caza son, sin duda alguna, importantes; pero no incumben al legislador ni deben preocupar al encargado de cumplir las leyes. Éste ha de ver, en

las de caza ante todo, que se han dictado para asegurar la defensa de importantes intereses sociales.

El considerable consumo de animales salvajes que se hace en España; la suma, cada vez mayor, á que asciende el valor de la caza viva y muerta que se exporta á los distintos mercados de Europa; la creciente demanda de pieles, plumas, astas y demás ricos despojos de reses y aves, productos que sostienen diversas industrias y que dan elemento de vida al comercio; los ingresos que la expedición de licencias de caza, mayores cuanto es menor el celo con que éstas se exigen, aporta al Erario público; y, por último, lo que abarata las subsistencias y acrecienta los medios de alimentación de los pueblos, prueban la importancia de aquella ley y los altos fines á que atiende.

En otro orden de ideas, más elevado si se quiere, no son menos importantes los intereses que las leyes de caza tratan de garantizar. Ya he manifestado á V. S. que afirman el derecho de propiedad y contribuyen á propagar el respeto que debe tributársele. Además, sometiendo a severa corrección al cazador furtivo, cooperan á extinguir ese germen de la criminalidad, haciendo imposible ó muy difícil que se contraigan hábitos perniciosos, en los que la experiencia ha descubierto el origen de muchos de los delitos que se cometen en despoblado.

Las Autoridades, que contemplan indiferentes cómo se falta á la obediencia debida á las leyes de caza, y que por tolerancia son directamente responsables de ese mal, comprenderán la necesidad de modificar ese equivocado criterio. Preciso es también que no estimen, como alguna vez ha podido hacerse, que los preceptos de dichas leyes son susceptibles de ser aplicados desigualmente, sobre todo en las licencias, como si se tratara de materia graciable, según las afinidades ó diferencias políticas. No existe ley que todos aquellos á quienes afecta no deban cumplir de una manera rigurosa, y el Gobierno está dispuesto á no consentir en este punto á sus delegados la menor, la más insignificante desviación de los principios de justicia que informan su política. La ley de caza no debe ser una excepción.

La ley de caza debe, pues, cumplirse, y V. S. queda encargado de hacerla obedecer por todos y en todo, sin tolerancias que, si existiesen y fueran conocidas del Gobierno, le obligarían á expresar á V. S. del modo más terminante su desagrado.

No se limitan á esto las prevenciones que el Ministro que subscribe considera necesario hacer á V. S. Dentro ya de la época de la veda, con arreglo á lo dispuesto en el art. 17 de la ley de 10 de Enero de 1879, debo recordar á V. S. el exacto cumplimiento de los deberes que ella le impone, así como las circulares de este Ministerio de 5 de Febrero y 14 de Marzo de 1881. Al publicar V. S. el edicto que previene la disposición 4.ª de las generales de la indicada ley, encargará á los Alcaldes, Guardia civil y demás dependientes de la autoridad de V. S., que empleen todos los medios puestos á su alcance para evitar los males que esta orden señala, y que repriman y entreguen á los Tribunales á cuantos, por infringir aquellas disposiciones, se hagan acreedores á corrección ó castigo.

Todo el celo que el Gobierno de S. M. espera de V. S. sería estéril si la acción del Poder judicial no viniese en ayuda de las Autoridades administrativas; pero los representantes del Ministerio fiscal recibirán, á este propósito, instrucciones para que, con la mayor energía, sostengan las denuncias de los agentes gubernativos, amparen á los ciudadanos que ejerciten las acciones públicas que la ley de caza les concede, y pidan la aplicación de las penas que el Código señala á los infractores. El cumplimiento de las prescripciones de la Real orden de 14 de Marzo de 1881; el cuidado asiduo de la Guardia civil y demás agentes de la autoridad de V. S. en exigir las licencias de caza; la vigilancia directa y constante sobre aquellos á quienes la voz popular denuncia por sus antecedentes, por su manera de vivir ordinariamente en despoblado ó por la venta fraudulenta de caza á que se dediquen, y la petición de certificaciones de las sentencias que dicten los Jueces municipales, serán buenos medios, á falta de otros más eficaces, derivados de la estricta aplicación de los preceptos legales ó nacidos del conocimiento de las costumbres de la localidad, para llegar á los resultados que el Gobierno se propone.

V. S. debe además inculcar á sus administrados la idea de que el respeto de la veda, además de favorecer los intereses generales del país, acreditan su cultura, como revela la de otros pueblos europeos, donde ese respeto está ya encarnado en sus costumbres, y se observa tan escrupulosamente, que ni siquiera es lícito á los dueños de los establecimientos de comidas ofrecer al

público, durante la época de veda, alimentos de que formen parte las carnes de los animales cuya caza esté prohibida.

Por último, reformado por el art. 71 de la ley de 31 de Diciembre de 1881, sobre la renta timbre del Estado, el art. 3.° del Real decreto de 10 de Agosto de 1876, sobre licencias para usar armas, y para el ejercicio regular de la caza y de la pesca, y no existiendo ya, con arreglo á la primera de las disposiciones citadas, más que una sola clase de licencias de caza en vez de las cuatro que antes se expedian, se servirá V. S. hacerlo entender así á los agentes de su autoridad, á fin de impedir que éstos, como ya ha sucedido en algún caso, creyendo vigente el referido decreto en su mencionado art. 3.°, exijan la presentación de licencias de diversas clases que en la actualidad no existen.

De Real orden, etc.—Madrid, 2 de Marzo de 1888 —*Albareda*. Sr. Gobernador de la provincia de...

LICENCIAS DE CAZA, PESCA Y USO DE ARMAS

Real decreto de 10 de Agosto de 1876.—Disposiciones para regular las licencias de uso de armas de caza y pesca.—Sus clases y coste de cada una.—Caducidad de todas las concedidas.

Con el fin de dar unidad á las disposiciones sobre licencias para usar armas y para el ejercicio regular de la caza y pesca, dictadas en distintas épocas con variado criterio, y para armonizarlos con lo que preceptúa la ley de presupuestos relativamente al pago del impuesto sobre aquellas autorizaciones; de acuerdo con el Consejo de Ministros, y á propuesta del Ministro de la Gobernación,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Nadie podrá usar armas, de cualquiera clase que sean, ni dedicarse al ejercicio de la caza ó de la pesca, sin haber obtenido la correspondiente licencia, expedida por la autoridad competente, con sujeción á las condiciones que prescribe este decreto.

Art. 2.° Corresponderá á los Gobernadores, bajo su responsabilidad, previos los informes que juzguen necesarios y ate-

niéndose á lo que sobre el particular disponen las leyes, conceder licencias para uso de armas para cazar y para pescar.

Art. 3.° Habrá seis clases de licencias:

Primera. Para uso de todo género de armas.

Segunda. Para uso de armas de fuego con destino á la defensa de la propiedad rural.

Tercera. Para uso de armas de fuego de bolsillo, pistola ó revólver, con destino á la defensa personal fuera de poblado.

Cuarta. Para uso de armas de igual clase y con el mismo destino dentro de poblado.

Quinta. Para uso de armas de caza y para cazar.

Sexta. Para pescar en los ríos, lagunas, estanques y charcas.

Art. 4.° Podrán obtener las licencias de la clase primera todos los españoles mayores de veinticinco años, jefes de familia y contribuyentes al Estado por cualquiera cuota directa, exceptuados, sin embargo, los procesados criminalmente y los que hayan sufrido condena.

Art. 5.° Podrán obtener las licencias de las clases segunda, tercera y cuarta, todos los españoles mayores de veinte años, como no se hallen comprendidos en las excepciones del artículo anterior.

Art. 6.° Podrán obtener las licencias de la clase quinta:

Primero. Los que tengan aptitud para obtenerla de las cuatro clases anteriores.

Segundo. Los jóvenes menores de veinte años y mayores de quince á quienes garanticen por escrito ante la autoridad los padres ó tutores.

Art. 7.° Podrán obtener las licencias de la sexta clase todos los españoles sin excepción.

Art. 8.° A la concesión ó negativa de licencias de uso de armas, caza y pesca, precederá instancia escrita en el papel del sello correspondiente, la cual, después de decretada por el Gobernador y anotada en el registro especial de licencias, quedará archivada en el Gobierno de provincia.

Art. 9.° Los Gobernadores civiles podrán conceder á los funcionarios activos de la Administración del Estado, de la provincia ó del Municipio, autorizaciones para usar toda clase de armas cuando hubieran de guardar ó conducir caudales, ó cuando el servicio lo reclame. Estas autorizaciones no serán valederas

fuera de los actos del servicio, ni durarán más que el que éste dure.

Art. 10. Los Alcaldes de los pueblos, dando parte á los Gobernadores cuando sea necesario levantar somatenes, perseguir á malhechores ó conducir presos, podrán asimismo facultar para el uso de toda clase de armas á las personas que presten aquellos servicios, y solamente por el tiempo que los presten.

Art. 11. Los individuos del Cuerpo de Orden público, los Guardias municipales y los de resguardos especiales podrán usar armas blancas y de guerra con el permiso de los Gobernadores civiles.

Art. 12. Cuando las provincias sean declaradas en estado de guerra, las autoridades militares, si lo creen conveniente, visarán todas las licencias de uso de armas que hayan expedido ó expidan los Gobernadores civiles.

Art. 13. Para casos extraordinarios y por motivos de orden público, quedan los Gobernadores de las provincias facultados para declarar en suspenso todas las licencias de uso de armas que hubiesen concedido.

Art. 14. Las licencias á que se refiere este decreto serán personales é intransmisibles.

Art. 15. Incurrirán en responsabilidad por infracción de las disposiciones contenidas en este decreto:

Los que careciendo de licencia usen armas, cacen ó pesquen. Los que hagan uso de licencia que no les pertenezca. Los que sin autorización de cuarta clase para usar armas las tuvieren ó emplearan blancas ó reglamentarias de guerra. Los que sólo con licencia de segunda clase usen armas fuera de las propiedades para cuya defensa les fueran concedidas. Los que teniendo licencia de armas de fuego de bolsillo para fuera de poblado, la usen en el interior de las poblaciones. Los que cacen en tiempo de veda ó en parajes expresamente prohibidos. Los que lo hicieren con hurón ó lazo, ó por cualquier otro medio ilícito. Los que para pescar envenenasen ó enturbiasen las aguas, ó empleasen mechas ó cartuchos de dinamita.

Art. 16. Los que incurran en cualquiera de los cinco primeros casos de responsabilidad señalados en el artículo anterior perderán las armas ó los aparatos de pesca y las licencias propias y ajenas que llevasen, y pagarán una multa equivalente al

duplo del valor de la licencia que hubiera necesitado para hallarse en condiciones legales. Los que incurran en cualquiera de los tres últimos casos de responsabilidad del artículo precedente perderán asimismo las armas ó los aparatos y las licencias que llevaran, y pagarán una multa discrecional, no menor de 40 pesetas ni mayor de 160. En todos los casos de insolvencia procederá la prisión subsidiaria. Los que reincidan en las faltas que señala el art. 15 serán considerados en los cinco primeros casos como defraudadores á la Hacienda pública, y en los tres últimos como infractores de las Ordenanzas de caza y pesca, y sometidos, por consecuencia, á los Tribunales competentes.

Art. 17. Las licencias de armas, caza y pesca tendrán la forma de tarjetas talonarias de diferentes colores, según las clases; serán valederas por un año, y elaboradas, con las seguridades y garantías necesarias, en la Fábrica Nacional del Sello.

Art. 18. Serán expedidas únicamente en las Administraciones económicas de las provincias, y costarán: las de primera clase, *ochenta* pesetas; las de segunda clase, *cinco* pesetas; las de tercera clase, *veinte* pesetas; las de cuarta clase, *treinta* pesetas; las de quinta clase, *veinte* pesetas, y las de sexta clase, *cinco* pesetas.

Art. 19. Las autoridades y sus delegados, muy especialmente la Guardia civil, tienen el deber de hacer que se cumpla cuanto queda preceptuado, y á nadie consentirán que use armas, cace ó pesque sin la debida licencia, cuya presentación exigirán siempre que lo crean oportuno.

Art. 20. Quedan derogadas todas las disposiciones dictadas hasta la fecha sobre concesión de licencias de uso de armas, de caza y de pesca.

ARTÍCULOS ADICIONALES

Primero. Las licencias que existan concedidas á la publicación de este decreto caducarán en la fecha de su vencimiento si fueren de pago; si fueren gratuítas, en el día siguiente al en que se publiquen estas disposiciones.

Segundo. Desde la publicación de este decreto hasta que las tarjetas talonarias se hallen disponibles en las Administraciones económicas, podrán los Gobernadores civiles conceder licencias

con arreglo á lo preceptuado en esta fecha, disponiendo que sean extendidas en papel sellado de precio equivalente al valor de aquéllas, según su clase.

Tercero. El Ministro de la Gobernación, de acuerdo con el de Hacienda, dictará las reglas necesarias para la fácil y cómoda expedición de las tarjetas-licencias y para la ejecución de este decreto.

Dado en San Ildefonso á diez de Agosto de mil ochocientos setenta y seis.—ALFONSO.—El Ministro de la Gobernación, *Francisco Romero y Robledo.*

Ley del Timbre del Estado de 15 de Septiembre de 1892.

...Art. 83. En las licencias de caza, uso de armas y de pesca que se concedan y autoricen por aquellas autoridades ó funcionarios que para ello tengan facultades, deberán emplearse siempre los documentos que al efecto expenderá el Estado, únicos que tendrán valor legal, y que serán de los precios siguientes:

Licencias de caza, 30 pesetas.

Ídem de uso de armas, 15 íd.

Ídem de pesca, 10 íd.

La devolución de armas recogidas por falta de licencia no podrá hacerse sin el previo pago de cinco pesetas, que se harán efectivas fijando en la orden de devolución un timbre móvil de dicha cuantía, que deberá ser inutilizado con la rúbrica de la autoridad ó funcionario que la suscriba, ó con el sello de la oficina donde se expida.

Reglamento para llevar á efecto la ley del impuesto de Timbre del Estado.

Art. 10. El papel timbrado y de pagos al Estado, los timbres móviles de las 13 clases y los timbres especiales móviles de 10, 25 y 50 céntimos, llevarán inscrito su precio y año.

Las letras de cambio, libranzas á la orden, pólizas de Bolsa y

para préstamos, pagarés de comercio, *licencias de uso de armas, caza y pesca,* timbres de comunicaciones y tarjetas postales, no llevarán designado el año.

Real orden de 7 de Agosto de 1893 disponiendo que las licencias de uso de armas para el Ejército no están gravadas con el impuesto del Timbre.

Excmo. Sr.: Vista la Real orden expedida por ese Ministerio interesando se declare que los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército están exentos del impuesto sobre las licencias de uso de armas:

Resultando que como fundamento de la declaración interesada se expone que el art. 51 de la vigente ley del Timbre, al tratar de los documentos referentes al ramo de Guerra, sólo se ocupa de las licencias de caza y pesca, de donde se desprende que es de la competencia de las autoridades de dicho ramo la concesión de las de uso de armas, máxime cuando esta interpretación está de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.°, tit. I, tratado 8.° de las Reales Ordenanzas del Ejército y órdenes posteriores, además de que pudieran hallarse las repetidas clases en determinadas circunstancias en la necesidad de proveerse de cualquiera clase de armas en defensa de los sagrados intereses de la patria:

Y considerando que dispuesto por la ley de bases de 30 de Junio de 1892 que el timbre del Estado gravará respecto á documentos relativos á actos, sólo aquellos que estén taxativamente enumerados por la ley definitiva del Timbre, y no habiéndose comprendido las licencias de uso de armas para el Ejército en ninguno de los artículos que tratan de los documentos referentes al ramo de Guerra y Marina, declarado está que no se halla sujeto á este impuesto; pero si la duda existiera, que no existe, la naturaleza misma de los servicios encomendados al Ejército sería bastante para reconocer que sólo las autoridades de dicho ramo pueden y deben tener la facultad de conceder la de que se trata, en la forma que mejor estime y sin gravamen alguno para los interesados:

S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, de conformidad con lo propuesto por la Delegación del Gobierno en el arrendamiento de Tabacos, se ha servido disponer se signifique á V. E., como de su Real orden lo verifico, que las licencias de uso de armas para el Ejército en general, y sin excepción alguna, no están gravadas con el timbre del Estado.

Dios, etc.—Madrid, 7 de Agosto de 1893.—*Germán Gamazo.*—Sr. Ministro de la Guerra.

Real orden de 25 de Septiembre de 1893 disponiendo que el timbre de 30 pesetas es para uso de armas de caza y para cazar.

Vista la consulta formulada por la Delegación de Hacienda en la provincia de Ávila acerca de si los que tienen licencia de caza con arreglo á la ley del Timbre necesitan ó no proveerse además de la de uso de armas cuando con éstas realizan la caza, y la comunicación de la Dirección de la Guardia civil interesando se dé en la provincia de Avila debido cumplimiento á lo dispuesto en la ley del Timbre respecto á la expendición de licencias de caza:

Y resultando que la expresada oficina provincial manifiesta que los individuos del Cuerpo de la Guardia civil, atendiendo al texto literal de los artículos 8.° y 28 de la ley de caza y pesca de 10 de Enero de 1879, entienden que los cazadores necesitan hallarse provistos de dos licencias, una de caza y otra de uso de armas, fundándose en que, suprimidas por la ley del Timbre de 1881 las clases de licencias de caza que estableció el Real decreto de 10 de Agosto de 1876, de las cuales una era de «uso de armas de caza y para cazar», las licencias de caza que en el día se expendan no suponen la de uso de armas, y que, por lo tanto, los que cacen con ellas necesitan proveerse de las dos clases de licencias:

Resultando que la Dirección de la Guardia civil funda su pretensión en el hecho de haberse observado por los individuos del Cuerpo que las licencias de caza se hallan expedidas en una sola, según preceptuaba el Real decreto de 10 de Agosto de 1876, derogado por los artículos 8.° y 28 de la ley de 10 de Enero

de 1879, que exige terminantemente la necesidad de proveerse de ambas licencias para cazar, lo cual se corrobora en la Real orden de 2 de Marzo de 1888 y en el art. 83 de la ley del Timbre vigente:

Considerando que si bien es cierto que los artículos 8.° y 28 de la ley de caza de 10 de Enero de 1879 determinan que sólo pueden cazar los que se hallen provistos de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza, no puede deducirse por esto que fuera preciso é indispensable que dichas dos licencias se expidieran en dos distintos documentos; y hasta pudiera estimarse sin objeto tal pretensión, puesto que las licencias para uso de armas de caza y para cazar contienen las dos licencias en un solo documento y, por consiguiente, resultan perfectamente cumplidas las disposiciones de la referida ley de caza y pesca de 10 de Enero de 1879:

Considerando que debe tenerse presente que el Real decreto repetido no fué derogado ni podía serlo por la ley del timbre de 1881, ni por la vigente, en otra cosa que en el valor de las licencias, por la razón de que el Real decreto dictado por el Ministerio de la Gobernación tuvo por objeto regularizar y dar unidad á las disposiciones sobre vigilancia y seguridad pública, relacionadas con el uso de armas y el ejercicio regular de la caza y de la pesca; y la ley del Timbre regula y determina el impuesto exigible por aquellos servicios que presta al Estado:

Considerando, por tanto, que ambos preceptos deben coexistir, como de hecho existen simultáneamente;

S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, de conformidad con lo propuesto por esa Delegación del Gobierno, se ha servido disponer que deben continuar los Gobernadores concediendo, en el único efecto timbrado denominado licencia de caza que se expende á 30 pesetas, las licencias para «uso de armas de caza y para cazar», según dispone el Real decreto de 10 de Agosto de 1876.

De Real orden, etc. Madrid, 25 de Septiembre de 1893.—*Gamazo.*—Sr. Delegado del Gobierno en el arrendamiento de Tabacos.

Real orden de 21 de Septiembre de 1894 disponiendo que por la Guardia civil se cuide de pedir la licencia de uso ó de caza en su caso, en las estaciones de ferrocarriles y fuera de poblado, á todos los portadores de armas, y que los Gobernadores dicten instrucciones.

A pesar de las disposiciones que en diversas épocas se han dictado para el estricto cumplimiento del Real decreto de 10 de Agosto de 1876, que regula el uso de las armas de fuego mediante la provisión de las licencias correspondientes, y de lo establecido por la ley de caza y pesca de 10 de Enero de 1879, viene observándose que son muchas las personas que llevan armas de un modo ostensible, ó que se dedican al ejercicio de la caza sin estar debidamente autorizadas, lo cual, sobre ser una flagrante transgresión legal, perjudica en no pequeña escala los intereses del Tesoro. Para cortar tal abuso y evitar su repetición en lo sucesivo,

S. M. el Rey (Q. D. G.), y en su nombre la Reina Regente del Reino, ha tenido á bien disponer lo siguiente:

1.° Que por la fuerza de la Guardia civil se exija á todo portador de un arma en las estaciones del ferrocarril ó fuera de poblado que exhiba la licencia que le autorice para su uso, ó para cazar, si se dedicase á este ejercicio.

2.° Que si dicha licencia no se presenta en el acto, sin excusa ni pretexto alguno, se incauten del arma los Guardias aprehensores, formando el correspondiente atestado, que pasarán al Juzgado respectivo para lo que proceda con arreglo al art. 591 del Código penal y á lo que preceptúan el art. 44 y los siguientes de la citada ley de 10 de Enero de 1879.

Y 3.° Que dicte V. S. instrucciones severas y terminantes á los Alcaldes y Jefes de la Guardia civil con el fin de que se cumpla lo prevenido en la presente, que para conocimiento de todos deberá ser publicada en el *Boletín Oficial* de esa provincia.

De Real orden lo comunico á V. S. para su conocimiento y efectos consiguientes. Madrid, 21 de Septiembre de 1894.—*Aguilera*.—Sr. Gobernador civil de la provincia de...

Pesca.—*Real decreto de 3 de Mayo de 1884 en que se deslindan los derechos del propietario y del público.*

TÍTULO V

DE LA PESCA

36. Los dueños particulares de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas están autorizados, en virtud del derecho de propiedad, para pescar en ellos durante todo el año sin sujeción á regla alguna.

Se entienden por tierras cercadas en este título y en todos los demás del presente decreto, las que lo están enteramente, y no á medias ó aportilladas, de suerte que no puedan entrar en ellas las caballerías.

37. Los dueños podrán, en virtud del mismo derecho de propiedad, comunicar estas facultades á sus arrendatarios en los términos que entre ellos se estipule.

38. Se prohíbe á los dueños particulares y arrendatarios de estanques y lagunas que se hallen en tierras abiertas, aunque estén amojonadas, pescar en ellas envenenando ó inficionando de cualquier modo el agua, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó á los animales domésticos transeúntes que la bebieren.

39. Si las lagunas y aguas estancadas lindasen con tierras de varios dueños particulares, podrá cada cual pescar desde su orilla con sujeción á las reglas generales establecidas; pero poniéndose los dueños de común acuerdo, podrán pescar con arreglo á los tres artículos precedentes, como si fuera uno solo el dueño.

40. En las aguas corrientes á que sirven de linde tierras de propiedad particular, podrán los dueños de éstas pescar desde la orilla hasta la mitad de la corriente, con sujeción á las restricciones de ordenanza. Y nadie podrá hacerlo sin su licencia.

41. En las aguas corrientes, cuyas riberas pertenezcan á propios, podrán los Ayuntamientos arrendar la pesca con la aprobación del Subdelegado de la provincia, y los arrendatarios podrán dar á otros licencias para pescar, pero todos estarán sujetos á las restricciones expresadas.

42. En las aguas corrientes, cuyas orillas pertenezcan á baldíos ó á propios, en el caso de no estar arrendada la pesca, se declara ésta libre hasta la mitad de la corriente para todos los vecinos del pueblo á cuyo término pertenezcan las orillas, y no á los de otros pueblos, aunque tengan comunidad de pastos. Las justicias podrán dar licencias para pescar á los forasteros; pero tanto éstos como los vecinos estarán sujetos á las restricciones designadas.

43. En los ríos y canales navegables se ha de entender que las facultades de los dueños y arrendadores, expresadas en los tres artículos precedentes, han de ser sin perjuicio de la navegación y de las servidumbres á que con motivo y á beneficio de ella están sujetas las tierras riberiegas.

44. En los canales de navegación y de riego, como asimismo en los cauces y acequias para molinos ú otros establecimientos industriales ó de placer, se observarán las mismas reglas establecidas anteriormente, según la calidad de las orillas, á no ser que haya costumbre ó contrato en contrario.

TÍTULO VI

DE LAS RESTRICCIONES DE LA PESCA

45. Se prohíbe pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningún caso, fuera de las estancadas, y estar enclavadas en tierras cercadas de propiedad particular. Los infractores, además de los daños y costas, pagarán 40 reales por la primera vez; 60 por la segunda, y 80 por la tercera.

46. Se prohíbe asimismo pescar con redes ó nasas cuyas mallas tengan menos de una pulgada castellana ó el duodécimo de un pie en cuadro, fuera de los estanques ó lagunas que sean de un solo dueño particular, el cual podrá hacerlo de cualquier modo.

47. Desde 1.° de Marzo hasta último de Julio se prohíbe pescar no siendo con la caña ó anzuelo, lo cual se permite en cualquier tiempo del año.

TÍTULO VII

DE LA EJECUCIÓN DE ESTE REGLAMENTO

48. El modo de proceder de las justicias en materias de caza y pesca será, por regla general, gubernativo.

49. Los procedimientos tendrán lugar: 1.° Por queja de parte agraviada. 2.° De oficio. 3.° Por denuncia de guarda jurado ó de cualquier individuo del Ayuntamiento. 4.° Por denuncia de cualquier vecino, siendo caso de aguas inficionadas ó de cepos armados fuera de cercado.

50. El Alcalde hará comparecer al presunto infractor, y comprobado el hecho, exigirá de él la multa, el valor de la caza y del daño cuando lo haya, dando á estas cantidades el destino que se ha prescrito en el presente decreto.

51. Cuando se proceda por queja de parte agraviada, si resulta ser cierto el hecho y hubiera daño, el Alcalde procurará que los interesados transijan en cuanto al daño, sin perjuicio de cobrar la multa, y si no se aviniesen, decidirá gubernativamente en las causas de menor cuantía, dejando que las otras sigan el curso judicial que les corresponda; pero satisfaciendo antes el reo la mitad de la multa destinada al fondo del art. 31 para la persecución de animales dañinos.

52. Las infracciones de que se trata en este decreto prescribirán á los treinta días en los casos de aguas maleficiadas ó de cepos y armadijos fuera de cercado, y en todos los demás á los veinte días. Pasados estos plazos, las justicias no podrán proceder de oficio, ni admitirán queja ni denuncia alguna.

Real decreto de 1.° de Noviembre de 1895 sobre repoblaciones ictícolas.

EXPOSICIÓN

SEÑORA: La despoblación rápida y continua de nuestros ríos, lagunas y albuferas, y la pérdida de un elemento importante de la alimentación pública, son males cuyo remedio preocupa al Gobierno de S. M.

Hace años que viene disminuyendo la pesca en nuestras aguas dulces. Se han olvidado los medios que contribuyen á su conservación y fomento, y urge reformar la legislación, á todas luces deficiente é imprevisora. Por otra parte, son muchos los progresos realizados por la ciencia en este ramo: en ellos se inspira la legislación de la pesca fluvial de las Naciones más cultas de Europa.

Una buena ley, sin embargo, no bastaría para remediar los males que se lamentan. Aplicándola, podría conseguirse el fomento de la pesca en aquellas aguas en que la despoblación no hubiera llegado á un límite extremo; pero los preceptos legislativos son ineficaces para crearla donde ha desaparecido en absoluto, como triste consecuencia de la codicia ó del abandono.

Para crearla donde ha desaparecido son necesarios los procedimientos de la piscicultura, útil aplicación de la embriogenia, desarrollada por los trabajos del Profesor del Colegio de Francia, M. Coste, que estudió las condiciones que aseguran el éxito de las operaciones, é hizo entrar la piscicultura en los dominios de la ciencia. Con la creación del célebre establecimiento de Huningue probó además que la piscicultura no es un experimento curioso que excita el interés de los naturalistas y embriólogos, sino una verdadera industria y el único medio eficaz para conseguir la repoblación de las aguas dulces. Numerosos experimentos realizados en Europa y en América han demostrado que en el proceso natural de la reproducción de los peces que viven en libertad, de cada mil gérmenes depositados se logra un individuo adulto, mientras que con los procedimientos protectores de la piscicultura se salvan más de 500. Este dato explica el alcance y la importancia de la industria piscícola, para llegar rápida y eficazmente á la repoblación de las aguas.

Apenas iniciado el movimiento piscícola de Huningue, se propagó con rapidez por toda Europa, y algunos años después adquirió en el Norte de América un desarrollo que asombra. El Gobierno de los Estados Unidos dedica al servicio de las repoblaciones ictícolas 1.166.000 pesetas, y distribuye anualmente cientos de millones de pececillos, procedentes de los establecimientos oficiales, en sus diferentes ríos.

La Gran Bretaña aplicó los procedimientos de la piscicultura al fomento del salmón. Escocia é Irlanda triplicaron en pocos años

el producto de la pesca de esta especie, alcanzando la importante cifra de 20 millones de pesetas. En Inglaterra y Gales, que tienen casi doble superficie que Escocia, pero cuyos ríos carecen de aguas tan puras y tan batidas, y que están inficionadas con frecuencia por el mayor desarrollo de la industria fabril, llegó casi á desaparecer el salmón hace algunos años, cuando aún abundaba á principios de este siglo, hasta el punto que sólo el producto de su pesca ascendió á 750.000 pesetas en el año de 1860. Actualmente, y después de aplicar en sus ríos con envidiable constancia los procedimientos de repoblación, fundados en los principios de la piscicultura, aquel producto se ha elevado á 10 millones de pesetas.

En el vasto Imperio alemán, las grandes asociaciones para a repoblación de los ríos, de las cuales forman parte los más elevados personajes de la Nación, son numerosísimas, pues casi cada provincia tiene la suya, dedicando sus propios recursos y las subvenciones anuales que les concede el Gobierno á la patriótica empresa de fomentar la pesca de agua dulce.

Suecia suelta cada año en sus ríos de 3 á 4 millones de salmoncillos criados artificialmente, habiendo conseguido de este modo cuadruplicar los productos de la pesca. Noruega, donde el salmón había desaparecido á mediados del presente siglo, ha conseguido con sus importantes trabajos piscícolas restaurar esta riqueza, y en la actualidad, no sólo satisface su consumo local, sino que exporta grandes cantidades á otras Naciones, sobre todo á Inglaterra y Alemania.

A tan elocuentes datos, nosotros desgraciadamente no podemos oponer, en lo que se refiere á la pesca del salmón, más que el recuerdo de su abundancia en los ríos de Galicia, Asturias, Santander, Vizcaya, Guipúzcoa y Navarra, en el siglo pasado, y las quejas y lamentos que hoy se escuchan en aquellas comarcas por la escasez, siempre creciente, que se viene experimentando, y que amenaza convertirse muy en breve en completa desaparición, como ya ha sucedido en muchos puntos. En tales proporciones ha disminuído el salmón en algunas rías de Asturias durante el transcurso del siglo, que ahora se pesca menor número de salmones en todo el año, que antes en un solo día. Pero ni los recuerdos ni las quejas han de remediar el mal, ni tampoco puede fiarse al tiempo y al acaso como hasta aquí, la repoblación

de aquellos y de otros ríos de la Península, siendo de notoria urgencia que el Estado, por tratarse de una empresa de pública utilidad, provea á tan perentorias necesidades.

Estimándolo así el Gobierno, publicó el Real decreto de 2 de Septiembre de 1888, iniciando la organización del servicio de las repoblaciones ictícolas; quedó sin realizar este servicio por dificultades de carácter económico, si bien se creó en 1886 el Establecimiento central de Piscicultura del Monasterio de Piedra, que había de servir de modelo á los que más adelante se fundaran, de escuela permanente de los procedimientos piscícolas y de vivero ó depósito de gérmenes para las necesidades de la repoblación de las aguas dulces. El Establecimiento central está dotado de todos los medios de acción y de los elementos necesarios para realizar sus fines; pero no puede desconocerse que un solo Establecimiento de Piscicultura no basta para emprender con éxito la tarea de repoblar las aguas dulces de un país de gran superficie como el nuestro, y dotado de topografía y clima variados, imponiéndose ineludiblemente la necesidad de fundar otros establecimientos regionales, distribuídos con acierto en la extensa red hidrológica de la Península, y destinados á efectuar directamente la repoblación de las aguas que con más urgencia la reclamen, avivando los gérmenes que el Establecimiento de Piedra les envíe, hasta que estén dotados de manera que funcionen con independencia. Cada región hidro ictiológica, cuya área ha de graduarse en función de las distancias máximas á que pueden transportarse los peces vivos, deberá contar con un establecimiento piscícola, y su emplazamiento se precisará al tiempo de proceder á la instalación.

La economía con que ha de montarse este servicio obliga al Ministro que suscribe á encomendarlo á los Ingenieros de Montes, por las razones expuestas en el preámbulo del Real decreto de 2 de Septiempre de 1888. Por ello, sin duda, la policía, fomento y conservación de la pesca en las cabeceras de las cuentas corresponden á la administración forestal en Francia; y en Bélgica, Suiza, algunos Estados alemanes y otras Naciones de Europa en todo el curso de los ríos.

Mas para que los trabajos de repoblación no resulten estériles, es de absoluta é imperiosa necesidad poner coto inmediato al desorden que reina en la conservación y policía de la pesca, y

á ese fin el Ministro que suscribe dictará en breve plazo las disposiciones que estime más eficaces, porque de otro modo se malograrían seguramente los esfuerzos que se emplearan en devolver á nuestras aguas su perdida riqueza ictícola, y en fomentar la industria de la pesca fluvial para aumentar los recursos de la alimentación pública, resultando los sacrificios del país baldíos é infructuosos.

Fundado en las anteriores consideraciones, el Ministro que suscribe tiene la honra de someter á la aprobación de V. M. el adjunto proyecto de decreto.

REAL DECRETO

Teniendo en consideración las razones expuestas por el Ministro de Fomento;

En nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Para satisfacer las necesidades de la repoblación de las aguas dulces de la Península, se crearán, por lo menos, los siguientes Establecimientos de Piscicultura:

1.° Situado á orillas del río Miño, en las inmediaciones de Lugo, para la repoblación del mencionado río, del Tambre, Ulla, Mandeo, Eume, Navia, Eo y sus afluentes.

2.° En la región media del río Sella. Sus trabajos se extenderán á los ríos Narcea, Nalón, Deva, Nansa, Besaya, Pas, Miera y Asón.

3.° En la parte media del Bidasoa, para repoblación de este río y de los demás de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava.

4.° En la parte alta del río Gállego, comprendiendo en esta región al citado río, el Aragón, Cinca y sus numerosos afluentes.

5.° En la región superior del Ter, para este río, el Segre y sus afluentes, y para el Llobregat, Fluviá y Muga.

6.° En la cabecera de la cuenca del Ebro, cerca de Reinosa. La región de este Establecimiento comprende además el río Pisuerga y sus afluentes.

7.° En la parte alta del río Sil, é inmediaciones de Ponferrada, para la repoblación de la cabecera de dicho río y de la cuenca del Esla.

8.° En la región superior del Tormes, para la repoblación de este río, del Adaja, Alberche, Alagón, Jerte y Tiétar.

9.° En el nacimiento del río Cega. Comprende esta región dicho río, el Riaza, Duratón, Pirón, Eresma, Moros, Lozoya y Jarama.

10. En el nacimiento del río Guadalaviar, para las cabeceras de este río y las del Júcar, Cabriel y Tajo.

11. En el nacimiento del Guadalquivir. Su región comprende la cuenca superior de este río y la del Segura.

12. En la parte alta del Jenil é inmediaciones de Loja. Su región se extiende á las aguas de ambas vertientes de Sierra Nevada.

13. En la confluencia de los ríos Záncara, Guadiana y Gigüela. La región comprenderá los tramos medios de los ríos Tajo y Guadiana y sus afluentes.

14. En el río de Cabra, para la repoblación del tramo inferior del Jenil, del medio del Guadalquivir y demás afluentes de éste.

Art. 2.° La zona de repoblación que se asigna á la Piscifactoría Central del Monasterio de Piedra comprenderá la cabecera de la cuenca del Duero, las del Jalón y Henares y el tramo inferior del Ebro y sus afluentes más caudalosos.

Art. 3.° De los anteriores Establecimientos, los tres primeros se dedicarán principalmente á la cría y propagación del salmón; los nueve siguientes al cultivo de salmónidos sedentarios, y por fin, los dos últimos á la de ciprínidos, sin perjuicio de que también se procreen en ellos cuantas especies se consideren útiles para la repoblación de las aguas.

Art. 4.° Los gérmenes obtenidos en estos Establecimientos se destinarán preferentemente á la repoblación de los ríos, y también, previa concesión del Ministerio de Fomento, á la ejecución de los ensayos piscícolas que las Corporaciones, Sociedades ó particulares pretendieren llevar á cabo.

Art. 5.° La Piscifactoría del Monasterio de Piedra continuará organizada como hasta aquí y con el carácter de Central. Sus funciones principales serán: la educación piscícola del personal subalterno afecto al servicio de otros Establecimientos; el suministro de las demás estaciones piscícolas, mientras fuere necesario, de gérmenes embrionados; la introducción y aclimatación de especies exóticas útiles, y la ejecución de cuantos estudios y

ensayos de piscicultura hayan de practicarse con carácter esencialmente técnico.

Art. 6.° La dirección de cada Establecimiento regional será desempeñada por un Ingeniero del Cuerpo de Montes, nombrado por el Ministerio de Fomento.

Art. 7.° El personal auxiliar se compondrá de un Administrador y dos piscicultores prácticos que posean conocimientos para el desempeño de sus respectivas funciones.

Art. 8.° Los Establecimientos regionales y el Central dependerán inmediatamente de la Dirección general de Agricultura, Industria y Comercio.

Art. 9.° Un Reglamento especial determinará el modo y forma de llevar á cabo las disposiciones referentes á los servicios creados por este decreto.

Real decreto de 15 de Noviembre de 1895 sobre veda de la pesca en aguas dulces.

EXPOSICIÓN

SEÑORA: Al exponer las causas justificativas del Real decreto de 1.° del actual, por el cual se organiza el servicio de repoblación ictícola de las aguas dulces de la Península, el Ministro que suscribe llamó la atención sobre la absoluta é imperiosa necesidad de atender á la conservación y policía de la pesca, ofreciendo dictar en breve plazo las disposiciones más eficaces para conseguir dicho objeto, sin lo que resultarían estériles los trabajos de repoblación. Figura en primer lugar, en lo concerniente á dicha conservación, lo relativo á la veda de la pesca durante determinados períodos del año.

No existe unanimidad de opiniones con respecto á la época en que debe empezar á regir la veda y á su duración en cada año. Partiendo del principio de que ha de observarse la veda en el período anual en que se realizan las funciones de reproducción, el conocimiento de las costumbres de las diversas especies y las condiciones naturales del medio, son circunstancias que deben tenerse en cuenta para una determinación acertada de las épocas de veda.

Por olvido ó desconocimiento de estas circunstancias, el Real decreto de 3 de Mayo de 1834, que es el Código vigente en materia de pesca fluvial, preceptúa la veda para todos los peces de agua dulce, sin consignar excepción ninguna, desde 1.° de Marzo hasta el 31 de Julio, sin observar que no se efectúa durante ese período la reproducción de los salmónidos. Y es extraño este desconocimiento de las costumbres de los peces, porque no lo revela nuestra antigua legislación, desde Alfonso el Sabio hasta principios del siglo.

Las Cortes de Valladolid en 1258 prohibieron la pesca de la trucha desde 1.° de Noviembre hasta el 1.° de Mayo. Las Ordenanzas de pesca para la provincia de Pontevedra, de 9 de Abril de 1768, prohíben la pesca del salmón en el río Miño, hasta donde llega la marea, desde Junio á Abril, ambos inclusive. La Real cédula de 16 de Enero de 1772 prohíbe la pesca en aguas dulces desde 1.° de Marzo á 31 de Julio, y considerando que el desove y cría de las truchas se verifica de 1.° de Octubre á fin de Febrero, prohíbe su pesca en esos meses y la permite en el resto del año. Las Ordenanzas generales de pesca, publicadas á fines del siglo pasado, preceptúan en su art. 3.° que el tiempo oportuno para la pesca de los salmones empezará precisamente en 1.° de Enero y ha de concluir el último día de Junio. Y por último, la Ordenanza general de caza y pesca, aprobada por Real cédula de 3 de Febrero de 1804, establece la veda para las truchas desde 1.° de Octubre hasta el 28 de Febrero.

Para remediar los males producidos por el Real decreto de 3 de Mayo de 1834, en lo que hace referencia á la veda, y atendiendo á las justas reclamaciones de la opinión pública, el Real decreto de 27 de Febrero de 1880 estableció para los salmónidos una veda de cinco meses y medio, que principia en 1.° de Septiembre y termina en 15 de Febrero.

El rasgo característico de la legislación extranjera, sobre todo de la inglesa, en lo que á la veda se refiere, consiste en disposiciones de carácter general que la establecen de un modo absoluto y obligatorio, y en reglamentos locales que fijan la época y duración de la veda para cada distrito y aun para cada río. Por justas y racionales que estas ideas parezcan, y por más que se acomoden á la variabilidad que las condiciones climatológicas y la diversa naturaleza de las aguas introducen en el período d

reproducción de los peces, producirían funestos resultados si se aplicaran á nuestro país de una manera radical y absoluta. El desconcierto lamentable que reina en materia de pesca; los abusos introducidos en casi todas las localidades; los intereses encontrados y la poca atención que las autoridades locales prestan á estos asuntos, darían lugar á una reglamentación confusa, contradictoria y perjudicial, por lo que es preferible que sus preceptos se extiendan, sin excepción, á todas las regiones hidrológicas de España. Después de tocar estos inconvenientes se ha llegado en Francia á la reglamentación uniforme por medio de la ley de Pesca fluvial de 31 de Mayo de 1865 y de los decretos del Presidente de la República de 10 de Agosto de 1875 y de 18 de Mayo de 1878.

Contra el período de veda que, respecto á la pesca de salmónidos, estableció el antedicho Real decreto de 27 de Febrero de 1880, se han elevado algunas quejas, más ó menos fundadas. Realmente aquella disposición señaló un progreso tocante á lo que en la materia preceptuaba el Real decreto de 3 de Mayo de 1834; pero no es posible desconocer que, si bien en el período que señala para veda está incluído con exceso todo el tiempo que dura el desove de los salmónidos, su evolución ovárica comienza antes del 1.° de Septiembre, circunstancia que debe tenerse muy en cuenta si ha de procederse con acierto en asunto de tan vital interés. Preséntase, pues, la necesidad de adelantar la veda anual, por lo menos al 1.° de Agosto, y que no termine hasta el 15 de Febrero, pues en los primeros días de este último mes todavía desovan algunas truchas y salmones, según las observaciones practicadas en nuestros establecimientos de piscicultura y en los del extranjero.

Conviene hacer objeto de una excepción la veda de la trucha arco iris, salmónido de California aclimatado en la Piscifactoría Central del Monasterio de Piedra y propagado por ella á varios ríos de España. Esa especie desova más tarde que la trucha común, en los meses de Febrero, Marzo y parte de Abril, por cuya razón, su período de veda debe establecerse desde 1.° de Octubre hasta el 15 de Abril.

En cuanto á los demás peces que no pertenecen á la familia de los salmónidos, sus épocas de reproducción se incluyen todas dentro del tiempo comprendido entre el 1.° de Marzo y el 31 de Julio que establece el Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

Para que la veda se observe con más rigor, las legislaciones francesa é inglesa establecen la prohibición de que se venda, transporte, importe ó exporte el pescado en todo el tiempo de su duración, á menos que no proceda de aguas de dominio privado, cuya circunstancia ha de acreditarse en forma.

A un fin análogo se encaminan las disposiciones de la Real orden de 4 de Julio de 1890, por la que, y con carácter general, se dispuso que se consideren aplicables para el aprovechamiento de la pesca en aguas de dominio particular los artículos 25 y 27 de la ley de Caza vigente. La confirmación de estos preceptos, si se cumplen con rigor, puede bastar por el pronto al objeto de favorecer la reproducción de los peces.

Otro de los puntos en que hay que fijar seriamente la atención es el relativo al empleo de los artes de pesca que deben prohibirse. El Real decreto de 3 de Mayo de 1834 indica ya las dimensiones máximas que han de tener las mallas de las redes; pero es tan variado el número de artes, y hállanse algunos tan ingeniosamente dispuestos para un fin destructor, que la legislación ha de ser restrictiva y severa sobre este punto, y ha de limitar considerablemente el uso de unos y proscribir en absoluto el de otros. Para el ejercicio de la pesca sólo deben permitirse los artes movibles, que comprenden las redes manejadas desde las orillas ó desde embarcaciones, echándolas al agua y retirándolas alternativamente, así como los aparejos ó sedales y la caña; prohibiéndose, sin excepción, los artes fijos, entre los que están comprendidos las llamadas máquinas Duhart, los armadijos, nasas y buitrones, ó redes de saco, fijos á estacas, y aun las redes sencillas sujetas al fondo atravesando los cauces; pues todos necesitan, como auxiliares, estacadas ó atajadizos de diferentes formas y variedades, que oponen obstáculos á la libre circulación de los peces, y que no producen otro resultado que la destrucción completa de la pesca, no su explotación racional.

Las disposiciones que sobre este punto contiene este proyecto de decreto no hacen más que resumir y ampliar prudencialmente lo establecido en órdenes anteriores, cuyo rigoroso cumplimiento debe procurarse á toda costa.

Por último, en cuanto al ejercicio de la pesca, en la parte del rio Bidasoa, que sirve de límite con Francia, y en las de los ríos Miño y Guadiana, que confrontan con Portugal, es evidente que

hay necesidad de respetar los respectivos Tratados internacionales.

Fundado en las precedentes consideraciones, el Ministro que suscribe tiene la honra de someter á la aprobación de V. M. el siguiente proyecto de decreto.

REAL DECRETO

Artículo 1.° El período de veda para la pesca en aguas dulces del salmón, trucha de mar y común, umblas y demás peces de la familia de los salmónidos, durará seis meses y medio, que empezarán á contarse desde el día 1.° de Agosto y terminarán el 15 de Febrero. Para la trucha arco-iris, la veda empezará en 1.° de Octubre y durará hasta el 15 de Abril.

Art. 2.° Para los demás peces de agua dulce regirá la veda establecida por el Real decreto de 3 de Mayo de 1834, ó sea desde el 1.° de Marzo hasta el 31 de Julio.

Art. 3.° Durante los períodos de veda establecidos en los artículos anteriores, se prohíbe, no sólo la pesca, sino también la circulación y venta de las clases de pescado á que dichas vedas se refieran, á no ser que se justifique su procedencia de aguas de dominio privado, por medio de certificación expedida por el Alcalde de la jurisdicción á que aquéllas pertenezcan, aplicándose al efecto, y al tenor de lo mandado en la Real orden de 4 de Julio de 1890, las disposiciones de los artículos 25 y 27 de la ley de Caza vigente de 10 de Enero de 1879.

Art. 4.° No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el personal afecto á los establecimientos oficiales de piscicultura podrá pescar sin licencia en las aguas públicas, durante los períodos de veda, los peces reproductores de cualquiera especie que exijan las necesidades de dichos establecimientos, así como transportar las crías que se destinen á la repoblación de los ríos.

Art. 5.° Para el ejercicio de la pesca fluvial, fuera del tiempo de veda, se prohíbe en absoluto el uso de artes fijos, como máquinas Duhart, nasas y buitrones fijos, redes sujetas al cauce, y el establecimiento de apostales, estacadas y atajadizos de cualquiera clase. Los que existan actualmente serán levantados ó destruídos por cuenta de sus dueños.

Art. 6.° Para la pesca del salmón y de la trucha de mar, en

aguas dulces, no se permitirán redes cuyas mallas, en el centro de la red, y estando ésta mojada, midan menos de 55 milímetros de lado y 65 milímetros en las de los costados. Para pescar las demás especies de peces de agua dulce, las mallas menores de las redes han de tener 25 milímetros de lado por lo menos.

Art. 7.° Los infractores de los anteriores artículos serán castigados con las penas que señala el Código penal en sus artículos 608 y 615, y con las que establece el art. 16 del Real decreto de 10 de Agosto de 1876 sobre licencias de caza y pesca para los que pesquen sin estar provistos de la correspondiente licencia.

ARTÍCULO ADICIONAL

La pesca en la parte del río Bidasoa, que sirve de límite con Francia, se regirá por las disposiciones del Convenio internacional de 18 de Febrero de 1886, con las modificaciones introducidas en 19 de Enero de 1888.

Igual excepción se establece respecto á las partes fronterizas de los ríos Miño y Guadiana, donde el ejercicio de la pesca se ajustará á lo dispuesto en el apéndice 6.° del Tratado de Comercio y Navegación con Portugal de 27 de Marzo de 1893.

DISPOSICIÓN GENERAL

Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores que se opongan al presente decreto.

Reglamento para la propagación y aprovechamiento de los mariscos.

Artículo 1.° Son del dominio nacional y uso público todos los bancos y criaderos naturales de mariscos que se hallen en las playas, rías, esteros y mares del litoral, y que no pertenezcan en el día á dominio particular.

Art. 2.° De estos bancos y criaderos designará el Gobierno los que exclusivamente hayan de servir para la propagación, y los que puedan destinarse á la extracción del marisco para el consumo.

Art. 3.° En los bancos y criaderos que reservase el Gobierno

para la propagación no se permitirá la extracción del marisco para el uso común.

Art. 4.° En el mes de Septiembre de cada año los Comandantes de Marina anunciarán por medio de edictos ó pregones y en los *Boletines Oficiales* en la capital y distritos de su mando los bancos reservados por el Gobierno, temporal ó definitivamente, para su repoblación ó para criaderos del Estado, situados dentro de la comprensión de su respectiva provincia, expresando con claridad la situación de cada uno.

Art. 5.° El Gobierno acordará la formación de nuevas ostreras del Estado, en los sitios que, previo dictamen de la Comisión central de pesca, crea necesario establecer semilleros ó parques modelos destinados al fomento y enseñanza de la orticultura y criaderos de otros mariscos.

Art. 6.° El Gobierno, cuando lo estime conveniente, concederá á los particulares semillas de los bancos reservados para formar otros artificiales, siendo de cuenta de aquéllos satisfacer por lo menos los gastos que ocasione la extracción y aparatos colectores que ésta exija; entendiéndose que todas las operaciones de recolección y extracción se harán precisamente por los encargados de los criaderos, y con sujeción á los reglamentos particulares por que se rijan los mismos.

Art. 7.° Los cabos guarda-pescas y demás encargados de la inspección del ramo vigilarán los bancos de ostras y criaderos de mariscos destinados al aprovechamiento común, cuidando del cumplimiento exacto de este Reglamento y demás prescripciones legales que les conciernan.

Art. 8.° Las Comisiones provinciales de pesca arbitrarán los medios de acotar las ostreras y criaderos de mariscos, para que la vigilancia pueda ejercerse con facilidad.

Art. 9.° La veda para la pesca y venta de la ostra y demás mariscos durará desde 1.° de Mayo hasta 1.° de Octubre, excepto la de los mejillones, que empezará el 1.° de Enero y terminará en 1.° de Julio. La infracción á lo dispuesto en este artículo se penará con multa de 25 á 100 pesetas, entendiéndose aplicable lo mismo al pescador que al vendedor, y el marisco cogido se devolverá al mar en la forma y sitio que la autoridad de Marina designe. La reincidencia se castigará con doble multa.

Art. 10. Los Comandantes de Marina anunciarán la veda

todos los años con ocho días de anticipación en la capital y en los distritos, así como en los *Boletines Oficiales*, impetrando al mismo tiempo de los Alcaldes del litoral de la provincia su concurso para los efectos de la venta en los mercados públicos, y el del Cuerpo de Carabineros para los de la pesca en las playas y puertos.

Art. 11. A los pescadores con artes de anzuelos se les permitirá coger para cebos durante la veda toda clase de mariscos, á excepción de la ostra, el mejillón y la almeja, pero sólo de los bancos ó criaderos de aprovechamiento común emergentes, ó sea que quedan descubiertos en bajamar. Las autoridades de Marina cuidarán con el mayor celo que no se dé otro empleo á los mariscos extraídos con ese exclusivo objeto.

Art. 12. Durante la veda no se permitirá la pesca con artes de arrastre y fisga en las inmediaciones de los bancos y criaderos hasta 500 metros de sus límites, y en los reservados para la reproducción durará esta prohibición por todo el año.

Art. 13. Las Autoridades competentes no consentirán que la explotación de los mariscos en general se verifique por nadie en proporciones tales que haga temer el rápido agotamiento de los criaderos; y por tanto, siempre que esto suceda podrán suspender ó modificar preventivamente la extracción de las especies, dando cuenta inmediata á la Superioridad.

Art. 14. En cualquier época del año podrá el Gobierno suspender la pesca de ostras y demás mariscos cuando, previo informe ó aviso de las Comisiones provinciales, lo crea conveniente para evitar que aquéllos se agoten. A este fin, las Autoridades de Marina y sus delegados girarán las visitas necesarias para impedir oportunamente la ruina de los bancos y criaderos.

Art. 15. La veda de los bancos y criaderos, que podrá ser total ó parcial, se denotará en el primer caso por medio de una tablilla blanca con una V negra en el centro, y en el segundo con los medios más convenientes y económicos que la Comisión provincial de pesca arbitre.

Art. 16. Los mariscos que no alcancen las medidas legales expresadas en la tabla inserta al final de este Reglamento, serán ocupados y devueltos al mar, imponiéndose multas de 25 á 100 pesetas, tanto al pescador como al vendedor, y del doble á los reincidentes.

Art. 17. En los bancos y criaderos sumergidos de aprovechamiento común no se permitirá emplear el rastro hasta fin de Enero, debiéndose verificar la pesca con instrumentos que no destruyan las crías del año; y las que saliesen prendidas á los mariscos aprovechables y de medida legal, serán devueltas al agua. En las emergentes queda prohibida la extracción de todos los que no alcancen dicha medida.

Art. 18. La pesca en los bancos y criaderos sumergidos no podrá hacerse más que con los instrumentos que se permitan en cada localidad.

Art. 19. No se permitirá la pesca de mariscos á flote durante las horas de la noche.

Art. 20. Se prohíbe la venta en todo tiempo de los mariscos que se adhieren ó pegan á los fondos de los barcos forrados en cobre. Los capitanes de los puertos cuidarán de que al limpiarse los fondos de los buques así forrados ó invadidos por mariscos, sean éstos enterrados ó arrojados al mar en grandes profundidades y á bastante distancia de la costa.

Art. 21. Corresponde á las Autoridades de Marina y sus delegados:

Primero. Cuidar que no se vuelvan al mar todos aquellos cuerpos que extraídos por el rastro sean considerados perjudiciales á la limpieza de los fondos ostreros. Tales materias se conservarán en las barcas para arrojarlas en el sitio que la Autoridad local de Marina designe.

Segundo. Obligar á que se devuelva á la mar sobre el mismo banco de que se hayan extraído, todas las conchas limpias, piedras y demás objetos que en los fondos ostreros puedan servir de colectores ó sean á propósito para fijar la semilla.

Tercero. Impedir que esta pesca se verifique con instrumentos que no estén permitidos, ó fuera de las horas señaladas, inspeccionando el marisco extraído para conocer si alcanza á la medida legal y obligar se devuelva al agua el que no la tuviera.

Cuarto. No permitir que sobre los bancos de ostras y criaderos de mariscos se descarguen lastres, cenizas, escorias ni ninguna clase de escombros. La contravención á este precepto se penará por la primera vez con la multa de 25 á 100 pesetas y doble en la reincidencia, debiendo limpiarse el fondo de cuenta del causante.

Art. 22. Los cabos guarda-pescas cuidarán de que los cerdos ú otros animales domésticos no pasten en los terrenos que quedan en seco durante el flujo y reflujo y en que hubiese criadero de mariscos.

Art. 23. A todo el que descubra un nuevo banco ó criadero natural de mariscos se le concederá como premio su exclusiva explotación por un año con arreglo á las disposiciones prevenidas para los criaderos particulares, siempre que practicada una detenida información resulte no ser el criadero conocido. El descubridor pondrá inmediatamente en conocimiento de la autoridad local de Marina el sitio en que estuviere el banco ó criadero; y aquélla, después de demarcar su situación, hará la información mencionada, dirigiendo el expediente al Comandante de la provincia, quien, después de oir á la Comisión, lo elevará á la Superioridad por el conducto debido.

Art. 24. El Gobierno podrá ceder á los particulares porciones de costa fuera de los límites de los bancos del Estado, para establecer otros artificiales, con tal que de la información que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Con análogo objeto podrá conceder el Gobierno á los particulares sitios de la costa adecuados para formar depósitos de mariscos ó viveros ó balsas de enverdecer, engordar ó mejorar la calidad de las ostras. También se concederán sitios á propósito para establecer criaderos de coral y esponjas finas de Siria.

Las concesiones sólo tendrán lugar cuando no afecten á los intereses generales, y especialmente los de la navegación y pesca, no embarazando la libre circulación de los peces, ni ocupando fondos en que hubiere criaderos naturales.

El Gobierno se reserva en todo caso la facultad de expropiar al concesionario por causa de utilidad pública, con arreglo á las leyes, y previa la indemnización que corresponda por el valor del establecimiento que en virtud de la concesión se haya creado.

Art. 25. La concesión de los sitios de playa para establecimientos particulares se hará por el Ministerio de Marina, previa solicitud acompañada de planos del trozo de costa en que se solicita y de las obras proyectadas, y una Memoria descriptiva de las mismas en que se demuestre á la vez la conveniencia del establecimiento que se intenta.

Art. 26. Las solicitudes se dirigirán al Ministerio de Marina

por conducto del Comandante de Marina de la provincia respectiva, el cual la cursará al Capitán general del Departamento con su informe, el de la Comisión de pesca y el del Ayuntamiento de la localidad, oyendo además á cuantas Corporaciones y personas crea oportuno, debiendo antes publicar la petición en el *Boletín Oficial*, á fin de que dentro del plazo de quince días pueda alegar todo el que quiera lo que tenga por conveniente. El Capitán general, después de oir á la Comisión del ramo en el departamento, emitirá su informe y lo elevará á la Superioridad para la resolución que proceda.

Los informes tendrán por principal objeto demostrar que en el establecimiento proyectado no tiene lugar ninguno de los inconvenientes que se señalan en el art. 24.

Serán asimismo oídos los demás Ministerios cuando las concesiones puedan afectar los intereses que se hallan especialmente á su cargo.

Art. 27. En las peticiones de un mismo sitio para establecimientos de mariscos, será preferido el que ofrezca mayores ventajas á juicio del Gobierno, y en igualdad de circunstancias el que tuviere prioridad.

Se considerarán por punto general más ventajosos los establecimientos que tengan por objeto la multiplicación que los que sólo se dediquen á viveros de cebo y depósitos para la venta.

Art. 28. No se concederán más de seis hectáreas de terreno emergente ó sumergido para fundar su establecimiento á un mismo individuo en cada localidad; pero si pasados cinco años nadie más se dedicara en ella al desarrollo de la industria citada, podrá ampliarse la concesión primera con mayor número de hectáreas, previa nueva petición de los interesados é informes prevenidos en el art. 26.

Art. 29. La concesión se entiende á perpetuidad siempre que el concesionario se ocupe en la conservación y fomento del criadero; en la inteligencia de que si se notare su completo abandono por dos años consecutivos, bastará la justificación de esta circunstancia para que proceda la caducidad, marcándose un plazo para que el concesionario extraiga los materiales de su pertenencia si le conviniese.

Art. 30. El concesionario estará obligado á terminar el establecimiento dentro del plazo que se le fije en el decreto de conce-

sión, cuyo plazo comenzará á correr desde la fecha en que se le traslade dicho decreto por la Comandancia ó Ayudantía de Marina respectiva.

La falta de cumplimiento á este precepto dará margen á la caducidad de la concesión.

Art. 31. Hasta que se haya terminado un establecimiento particular, su concesionario no podrá cederlo ni enajenarlo á otra persona sin previa autorización del Gobierno.

Art. 32. El que sin título de propiedad y sin la concesión correspondiente tuviese en la costa algún establecimiento de mariscos será desposeído de él, dándole un plazo para retirar los objetos de su propiedad, quedando obligado á resarcir los perjuicios que hubiesen ocasionado.

Art. 33. Los dueños de los establecimientos particulares no podrán alegar derecho alguno al marisco que se encuentre fuera de su cerca, pero sí á los que se encuentren adheridos á colectores que estuvieran señalados con las marcas de sus establecimientos.

Art. 34. No podrán establecerse mejilloneras ni depósitos de estos moluscos ni de luceros á menos de tres kilómetros de las ostreras del Estado. Igual prohibición podrán reclamar los ostricultores particulares respecto de sus parques, siempre que éstos sean anteriores á los de mejillones ó luceros.

Art. 35. El Gobierno se reserva el derecho de hacer inspeccionar por sus Delegados los establecimientos particulares de cría, conservación y mejoramiento de mariscos, para los efectos prevenidos en este Reglamento, y sus dueños están obligados á suministrar á los mismos cuantos antecedentes se les pidan sobre el estado de sus industrias y resultados obtenidos.

Art. 36. El Gobierno se reserva también la facultad de premiar á los industriales que hayan obtenido mejores resultados en sus respectivos establecimientos.

Asimismo concederá premios proporcionados á la importancia de los resultados á los que propaguen en las costas de España especies exóticas de reconocida utilidad, bien sea como alimenticias ó como industriales.

Art. 37. Para la conservación de los mariscos vivos destinados al mercado en las poblaciones litorales, podrán las autoridades marítimas conceder en sitios convenientes espacio donde

los pescadores puedan colocar, sumergidas en el mar, las nasas, cestas, butrones ú otros viveros semejantes que contengan los moluscos.

Art. 38. No se permitirá que las ostreras, criaderos artificiales y depósitos de mariscos sean perjudicados con desagües inmundos y deletéreos que viertan en sus inmediaciones, aunque respetando los derechos adquiridos con anterioridad á la creación de aquellos establecimientos.

Art. 39. Quedan derogadas todas las órdenes y demás disposiciones anteriores que se opongan á lo preceptuado por este Reglamento.

Madrid, 18 de Enero de 1876.—Aprobado por S. M.—*Durán.*

Reglamento de 29 de Enero de 1885 para la pesca de los crustáceos y fomento de su cría y multiplicación en el litoral español.

Artículo 1.° Queda prohibida la pesca y venta de los crustáceos en absoluto durante la época de la cría de cada especie.

Art. 2.° Igualmente se prohíbe la captura y venta en todo tiempo de los individuos que no alcancen á la medida legal que se señala.

Art. 3.° Queda exceptuado de lo prevenido en los dos artículos anteriores la pesca de los cangrejos que no se aprovechan como alimento y que los pescadores usan como cebo.

La de los *barriletes* ó *caballetes* donde se sacan las llamadas *bocas* y son las tenazas ó pinzas que sirven de manos á tal especie, también será permitida en todo tiempo, con la precisa condición de devolver vivos al agua los citados cangrejos, después de haberles quitado la pinza ó *boca,* que se vende como comestible.

Art. 4.° Sólo para poblar las cetáreas ó viveros de crustáceos que se establezcan en el litoral de España ó de sus islas adyacentes, se permitirá la pesca de cualquier especie de crustáceo durante todo el año y sin limitación de tamaños.

Art. 5.° Los pescadores que se dediquen á este objeto presentarán á las respectivas Ayudantías, mensualmente, nota detallada de los crustáceos que hayan entregado en tales establecimientos,

con el correspondiente recibo del dueño de las mismas que acredite la entrega.

Art. 6.° La extracción de crustáceos de los viveros queda sometida á lo determinado para la pesca en general por los artículos 10 y 12 de este Reglamento, siendo responsables los dueños de estos establecimientos de la contravención á los precitados artículos, como asimismo los que hagan la venta y compra del crustáceo sin las condiciones permitidas.

Art. 7.° La comunicación de las cetáreas ó viveros con la mar deberá disponerse de manera que las crías de los crustáceos puedan salir fuera libremente.

Art. 8.° Quedan sujetas á la vigilancia é inspección de los Ayudantes de Marina y Delegados del Gobierno en asuntos de pesca las cetáreas de crustáceos, y sus dueños serán responsables de las faltas que se cometan en tales establecimientos contra las disposiciones que á ellos se refieran.

Art. 9.° Las Autoridades locales de Marina están obligadas á vigilar la extracción de crustáceos de las indicadas cetáreas para evitar que se cometan infracciones. Al efecto, se valdrán de los medios que estimen más convenientes y eficaces.

Art. 10. Las Autoridades locales de los pueblos durante la temporada de veda están obligadas á perseguir la venta, decomisando el género y multando á los contraventores.

Art. 11. Son épocas de cría y por consiguiente de veda para la pesca de los crustáceos siguientes, las que en cada uno se indica:

Langosta *(Palinurus vulgaris)*, Latr. *Llangosta* en Cataluña, Valencia y Baleares, empieza en 1.° de Agosto, terminando para el macho en 15 de Octubre y para la hembra en 31 de Marzo.

Bogavante (*Homarus vulgaris)*, Edw., *Lobrigante* en Vigo; *Lovigante, Luvigante*, Extravagante en Galicia; Langosta francesa en La Coruña, Abacanto en Laredo, Locancántaro en Gijón, desde 1.° de Octubre á 1.° de Mayo.

Cigalas *(Seyllans aretos*, Fabr., y el *Seyllarus latus*, Latr., Cigalas, Osas y Cigarras de mar en nuestras costas), los mismos períodos señalados para la langosta.

Langostines (*Penæus caramote*, Rondel, y *Penæus membranáceus*, Risso, Langostinos), desde Julio hasta Octubre.

Langostino de Noruega *(Neprhops norwegiens*, Lach.), desde Octubre á Mayo.

Nikas *(Nika edulis,* Risso., Crustáceo común en el Mediterráneo, que es comestible). Haciendo varias posturas al año, que deposita en los fondos, podrá pescarse cuando no esté embarazada de huevos la hembra.

Galateas *(Galatea Strigosa,* Fabz., Langostilla), vedada su pesca en Marzo, Agosto y Diciembre.

Galeras *(Squilla Mantis,* Rondelet; *Squilla Desuraretis tii,* Risso; *Squilla Cerisu,* Roux; *Squilla ferrusacii,* Roux; *Pregadeux de mar,* en algunos puntos de la costa de Cataluña y Cigalas en el Puerto de Santa Maria), desde Marzo hasta Agosto.

Centola *(Centolla, Sentol,* Araña en Galicia; *Cintolas* en Vivero; Cambaras en Laredo; Arañas en Cataluña; *Maia Squina,* Lam.), desde Julio hasta Octubre inclusive.

Nocla (*Noca Roi Esqueiro,* en las rías de Galicia; *Sapateiras, Cadaluchas,* Túy, Marín y Portugal; *Platicarcimus pagarus,* Edward), desde 1.° de Julio hasta 31 de Octubre.

Necoras (*Anecoras* en Galicia; Andaricas en Gijón; *Cámbaros franceses,* costa de Santander; *Pelut Cranch pelut,* Cataluña) *(Portusus puber,* Spp.), Julio, Agosto y Septiembre.

Art. 12. Se fija como medida mínima para la pesca y venta de los crustáceos que á continuación se indican, las siguientes:

Langosta, 0,20 centímetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Bogavantes, 0,20 centímetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Langostines, 0,8 centímetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Cigalas, 0,12 centímetros desde el ojo á las aletas terminales de la cola.

Langostino de Noruega, 0,10 centímetros desde el ojo al arranque de las aletas terminales de la cola.

Galeras, 0,10 centímetros desde los ojos al arranque de las aletas terminales de la cola.

Esquilas, 0,03 centímetros desde los ojos al arranque de las aletas de la terminación de la cola.

Centolas, 0,08 centímetros de diámetro transversal en la parte más ancha.

Noca, 0,08 centímetros de diámetro transversal en la región más ancha.

Nécoras, 0,08 centímetros de diámetro transversal en la región más ancha.

Art. 13. Cuando los pescadores de crustáceos encuentren en sus armadijos individuos que no alcancen á la medida legal que les está señalada, los devolverán al agua, salvo el caso del artículo 4.° con las justificaciones que marca el 5.°

Art. 14. Los contraventores á las disposiciones de este Reglamento serán multados, según la entidad de la falta, con arreglo á las atribuciones que las leyes confieren, pudiendo ser llevados á los Tribunales en los casos de desobediencia.

Art. 15. El Gobierno podrá conceder á los particulares porciones de costa para establecer cetáreas ó viveros de crustáceos, con tal de que de la información que se practique no resulte inconveniente de ninguna clase.

Estas concesiones sólo tendrán lugar cuando no afecten á los intereses generales, y especialmente á los de la navegación y pesca, no ocupando tampoco fondos en que hubiere criaderos naturales de cualquier especie aprovechable.

El Gobierno se reserva en todo caso la facultad de expropiar al concesionario por causa de utilidad pública, con arreglo á las leyes y previa la indemnización que corresponda por el valor del establecimiento que en virtud de la concesión se haya creado.

Art. 16. La concesión de los sitios de playa para estos establecimientos particulares se hará por el Ministerio de Marina, previa solicitud acompañada de planos de trozo de costa en que se solicita, con enfilaciones á puntos conocidos y de las obras proyectadas, y una Memoria de las mismas en que se demuestre á la vez la conveniencia del establecimiento que se intenta.

Art. 17. Las solicitudes se dirigirán al Ministerio de Marina por conducto del Comandante de Marina de la provincia respectiva, el cual las cursará al Capitán general del departamento con su informe, el de la Comisión de pesca y el del Ayuntamiento de la localidad, oyendo además á cuantas Corporaciones y personas crea oportuno; debiendo antes publicar la petición en el *Boletín Oficial*, á fin de que dentro del plazo de quince días pueda alegar todo el que quiera lo que tenga por conveniente.

El Capitán general, después de oir á la Comisión del ramo en el departamento, emitirá su informe y lo elevará á la Superioridad para la resolución que proceda.

Los informes tendrán por principal objeto demostrar que en el establecimiento proyectado no tiene lugar ninguno de los inconvenientes que se señalan en el art. 24.

Serán asimismo oídos los demás Ministerios cuando las concesiones puedan afectar á los intereses que se hallen especialmente á su cargo.

Art. 18. En las peticiones de un mismo sitio para viveros de crustáceos será preferido el que ofrezca mayores ventajas, á juicio del Gobierno, y en igualdad de circunstancias el que tuviese prioridad.

Art. 19. No se concederán más de tres hectáreas de terreno emergentes ó sumergidos para fundar un vivero á un mismo individuo en cada localidad; pero si pasados cinco años nadie más se dedicara en ella al desarrollo de la industria citada, podrá ampliarse la concesión con mayor número de hectáreas, previa nueva petición de los interesados é informes prevenidos en el artículo 17.

Art. 20. Los concesionarios permanecerán en el disfrute de su concesión ínterin cumplan en su establecimiento con las leyes generales del país y las condiciones especiales de este Reglamento; en la inteligencia de que, si se notare el abandono de su explotación por dos años consecutivos, bastará la justificación de esta circunstancia para que proceda la caducidad, marcándose un plazo para que el concesionario extraiga los materiales de su pertenencia si le conviniere.

Art. 21. El concesionario estará obligado á terminar el establecimiento dentro del plazo que se le fije en el decreto de concesión, cuyo plazo comenzará á correr desde la fecha en que se le traslade dicho decreto por la Comandancia ó Ayudantía de Marina respectiva.

Si las obras no se terminaran en el plazo concedido y dentro de él no solicitara el concesionario prórroga para terminarlas, se procederá á la declaración de caducidad, para lo cual los Comandantes de Marina respectivos darán cuenta al Ministerio tan pronto terminen los plazos.

Art. 22. Hasta que se haya terminado un establecimiento particular, su concesionario no podrá cederlo ni enajenarlo á otra persona sin previa autorización del Gobierno.

Art. 23. El que sin títulos de propiedad y sin la concesión

correspondiente tuviere en la costa algún establecimiento de crustáceos será desposeído de él, dándole un plazo para retirar los objetos de su propiedad y quedando obligado á resarcir los perjuicios que hubiere ocasionado.

Art. 24. No se permitirá que los viveros de crustáceos sean perjudicados con desagües inmundos y deletéreos que viertan en sus inmediaciones, aunque respetando los derechos adquiridos con anterioridad á la creación de aquellos establecimientos.

Art. 25. Las autoridades competentes no consentirán que la pesca de los crustáceos se verifique por nadie en proporciones tales que haga temer el rápido agotamiento de las especies, y por tanto, siempre que esto suceda podrán suspender ó modificar previamente su extracción, dando cuenta inmediata á la Superioridad.

Art. 26. En cualquier época del año podrá el Gobierno suspender la pesca de crustáceos, cuando, previo informe ó aviso de las Comisiones provinciales, lo crea conveniente para evitar el agotamiento de estas especies.

A este fin, las autoridades de Marina y sus delegados girarán las visitas de inspección que sean necesarias.

Madrid, 29 de Enero de 1885.—*Juan Antequera.*

Real orden de 25 de Septiembre dictando disposiciones encaminadas á remediar la escasez de salmón que se observa en el río Bidasoa.

Ilmo. Sr.: El Consejo de Estado en pleno ha emitido en 14 de Diciembre último el informe siguiente:

«Excmo. Sr.: En cumplimiento de la Real orden expedida en 14 de Noviembre último por el Ministerio del digno cargo de V. E., el Consejo ha examinado de nuevo el expediente instruído á consecuencia de la escasez del salmón que se observa en el río Bidasoa y de los medios propuestos para remediarla, resultando de los antecedentes remitidos:

Que en 20 de Diciembre de 1881 el Delegado de la Marina francesa de la Comisión internacional de Bayona dirigió una comunicación al Delegado español, manifestando que los pescadores de las orillas del Bidasoa se quejan hace algunos años de la falta del salmón en dicho río, atribuyendo este hecho á la existen-

cia de dos presas construídas para alimentar un molino harinero y una fábrica de fundición.

En vista de esta comunicación se pidió dictamen al Ingeniero Jefe de Navarra, el cual, en su extenso informe de 8 de Octubre de 1883, confirmó la casi desaparición del salmón, señalando las causas que, á su juicio, motivan la falta de pescado. Manifiesta dicho funcionario que después del trayecto internacional del río, y ya en la parte puramente española, aparecen ejerciendo el derecho exclusivo de pesca las casas Endarlaza y Barrenechea, que, de acuerdo con los Ayuntamientos de Lesaca y Vera, tienen establecidas de antiguo dos nasas, en tal disposición, que es escaso el pescado que no cae en ellas; que agua arriba del río existen tres presas que también impiden el paso del salmón por no tener una de ellas las escalas convenientes y por ser de malas condiciones las construídas en las otras dos; y, por último, que á estos obstáculos se une el absoluto incumplimiento de todas las vigentes prescripciones para regularizar el ejercicio de la pesca. Pasa después á proponer el Ingeniero Jefe, los medios que él considera necesarios para remediar el mal que se lamenta, medios con que están conformes, en su mayor parte, la Junta provincial de Agricultura, Industria y Comercio, la Consultiva de Canales, Caminos y Puertos y el Consejo Superior de Agricultura, separándose únicamente el Negociado en lo referente á los privilegios de pesca denunciados y á la modificación del Reglamento de carácter internacional de 1.º de Junio de 1859.

En este estado, se remitió el expediente á este Consejo, el cual propuso se abriese una amplia información, con audiencia de los interesados, á fin de averiguar el origen de los expresados privilegios y el estado de las presas existentes en el río.

Practicada ésta, y unidos á los antecedentes los documentos presentados por el representante de la casa Barrenechea y los Ayuntamientos de Lesaca y Vera, así como las comunicaciones dirigidas por los dueños de los molinos y fábricas que tienen establecidas las presas de que queda hecho mérito, volvió á informar el Negociado, que propuso la cesación de los privilegios y la destrucción de las nasas, con lo que no estando conforme la Dirección, pidió volver de nuevo el asunto á informe del Consejo.

De todo lo expuesto se deduce claramente que son varias las causas que, reunidas, han motivado la casi desaparición del sal-

món en el río Bidasoa, ocasionándose con ello grandes perjuicios á los pueblos ribereños, que ven extinguirse poco á poco una de las industrias más productivas de aquella comarca.

Estas causas, que pueden reducirse á tres, quedan ya indicadas en los hechos consignados, y no son otras que la falta de cumplimiento de todas las prescripciones vigentes para la pesca; las presas establecidas en el curso del río, que carecen de las condiciones necesarias para el paso del pescado; y las nasas establecidas por las villas de Lesaca y Vera como consecuencia del derecho exclusivo de pesca que vienen disfrutando las casas Endarlaza y Barrenechea, en unión de dichas villas.

Para combatir la primera de ellas se hace preciso reglamentar, de un modo amplio, todo lo que á la pesca se refiere, para lo cual sólo existen los títulos V y VI del Real decreto de 3 de Mayo de 1834, y alguna que otra disposición aislada, insuficientes ya para el desarrollo de esta industria, y, por lo tanto, se hace necesario que con la mayor urgencia se dicte un Reglamento, ya referente á la pesca en la parte española del río Bidasoa, ya, y esto entiende el Consejo sería más procedente y beneficioso, uno de carácter general y aplicable á toda la Nación, con lo cual se evitarían los grandes abusos que con relación á esta industria se cometen en todas las comarcas, y más especialmente en la que ha motivado este expediente. Y hasta tanto que esto se haga deberá ordenarse á las Autoridades hagan cumplir escrupulosamente todas las prescripciones vigentes en esta materia.

Respecto á las presas construídas en el Bidasoa, y que, según los informes periciales, dificultan extraordinariamente el curso del pescado á la parte alta del río, se hallan en diversas condiciones, según resulta de los datos aportados.

De las dos establecidas para los molinos harineros, la de Sumbilla carece por completo de escalas, y contra lo manifestado por su propietario, que afirma que siendo de pequeña altura la presa pueden pasar los pescados por toda ella con gran facilidad, está el dictamen del Ingeniero Jefe que informa la necesidad de abrir paso al salmón, que se ve detenido por un obstáculo que le es imposible salvar.

Es, pues, un hecho la falta de escala salmonera en esta primera presa; y respecto á la segunda, establecida por otro molino en el término de Vera, afirma el referido funcionario que, si bien

existe un paso para el salmón, tiene tan malas condiciones, que son pocos los pescados que por él se dirigen, por lo cual puede decirse que se encuentra en las mismas condiciones que la anterior.

Opónese el dueño de este último molino á reformar la presa, fundándose en que la reconstruyó en 1876, sin que en aquel entonces se le exigiese otras escalas que las existentes, pero esto no puede apreciarse por cuanto la reconstrucción la hizo sin atenerse á lo prescrito en el art. 235 de la ley de Aguas de 1866, que establecía en su párrafo segundo: «Que los Gobernadores, previo el oportuno expediente, autorizarán la reconstrucción de las presas destinadas á riegos ú otros usos»; y como el interesado no solicitó esta autorización, ni la reconstrucción se hizo en debida forma, de aquí que no puede aducirse, como razón fundamental, el que la presa es de construcción moderna.

Por lo expuesto, el Consejo considera procedente se ordene al Gobernador de la provincia que en el término más breve exija á los propietarios de los referidos molinos construyan, dentro de un corto tiempo, y bajo la inspección del Ingeniero Jefe, escalas salmoneras que reúnan las condiciones apetecidas, mandando dicha Autoridad que por sus delegados se proceda á la ejecución de las obras necesarias al efecto á costa de los propietarios, en el caso de que éstos no las hagan en el plazo fijado.

En cuanto á la tercera presa existente en el Bidasoa, que es la establecida para fábrica de hierros de Vera, es evidente que también carece de las condiciones necesarias para el acceso del salmón; pero, según resulta del informe del Ingeniero Jefe de la provincia, esta falta no es imputable á los dueños de la fundición, toda vez que la presa fué hecha en la forma y modo prescrito en la Real orden de 20 de Noviembre de 1858 que autorizó su construcción, abriéndose en ella la escala que entonces se creyó necesaria al paso del pescado.

Con posterioridad se ha observado que esa escala es insuficiente á su objeto, siendo preciso reformarla en los términos que indica el referido funcionario; pero como esta falta de condiciones de la presa depende de un hecho en el que ninguna responsabilidad cabe á su propietario, cree este Consejo lo más acertado se proceda por la Administración, y á costa de la misma, á ejecutar las obras de reforma en la escala hoy existente, según se expresa en el informe de 8 de Octubre de 1883.

Resta examinar las nasas establecidas por las villas de Lesaca y Vera que se denuncian como última de las tres causas que han motivado la casi desaparición del salmón en el río Bidasoa, y acerca de la cual se han suscitado graves dudas en el curso del expediente.

Propónese, por unos, la destrucción de estos medios de pesca sin que haya lugar á reclamación alguna por parte de sus poseedores; mientras que por otros Centros se ha pedido la aplicación de la ley de Expropiación forzosa por tratarse de una posesión de más de cuatrocientos años.

Para resolver las dudas surgidas y proponer una resolución que, sin gravar á la Administración, no cause perjuicio á los legítimos derechos de los particulares ó Corporaciones interesadas, considera el Consejo que basta examinar el origen y fundamento legal de las nasas mencionadas.

Pocos son los datos traídos al expediente acerca de este punto, pero son suficientes para deducir que la existencia de estas nasas es una consecuencia de los privilegios exclusivos de pesca que vienen poseyendo las casas Endarlaza y Barrenechea, por cuanto en la copia del convenio celebrado en 12 de Diciembre de 1496 entre la última de dichas casas y los Concejos de Lesaca y Vera se ve el origen de los medios de pesca antedichos.

Ahora bien: siendo las nasas una consecuencia directa de los referidos privilegios, sólo hay que examinar si éstos son posible, dada la legislación vigente, para deducir cuál debe ser la conducta de la Administración acerca de esta cuestión, sin duda de más transcendencia que las anteriormente propuestas.

Es indudable que después de las leyes de 6 de Agosto de 1811, 3 de Mayo de 1823 y 9 de Julio de 1856, no son posibles los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos, abolidos terminantemente por el art. 7.° de la primera de las enunciadas leyes, y que debieron cesar desde la promulgación de la misma.

Resulta, por tanto, que es ilegítimo el uso del derecho exclusivo de pesca que en unión de las villas de Lesaca y Vera poseen las casas Endarlaza y Barrenechea, las cuales deben cesar en el disfrute de un privilegio abolido hace tan largo tiempo, siendo consecuencia inmediata la desaparición de las nasas construídas al amparo de estos derechos indebidamente ejercidos.

Únicamente habrá que examinar si las referidas casas adqui-

rieron los privilegios indicados á título oneroso, ó sea como premio de grandes servicios, para decidir si procede el abono de alguna indemnización con arreglo á lo preceptuado en las prescripciones legales citadas. Pero esto no puede hacerse sino mediante reclamación de los interesados en la forma y lugar designado por la ley; por tanto, sólo corresponde al Consejo roponer, como lo hace, que cesen las tan repetidas casas en el disfrute del exclusivo derecho de pesca que en el río Bidasoa ejercen, y por la Administración se proceda á la destrucción de las nasas establecidas al amparo del mismo, reservando tanto á los representantes de Barrenechea y Endarlaza como á los Municipios de Vera y Lesaca, el derecho que pueda corresponderles para pedir la indemnización á que hubiese lugar, según los preceptos enunciados.

Aquí terminaría el Consejo su consulta si no creyese necesario llamar la superior atención de ese Ministerio acerca de la absoluta inobservancia de las prescripciones consignadas en el Reglamento dictado en 1.º de Junio de 1859 para la parte internacional del río Bidasoa, siendo conveniente se advierta á las Autoridades cumplan y hagan cumplir lo preceptuado en dicho Reglamento, ejerciendo la debida vigilancia y castigando á los infractores del modo prevenido en los artículos 16 y siguientes del mismo.

En resumen, el Consejo entiende que, á fin de remediar los males que se lamentan y que han motivado este expediente, procede:

Primero. Que se dicte un Reglamento de carácter general para regularizar todo lo que á la pesca se refiere, ordenando á las Autoridades, hasta tanto que esto tenga lugar, hagan cumplir escrupulosamente las disposiciones vigentes referentes á esta industria, y muy especialmente el Reglamento dictado para la pesca en la parte internacional del río Bidasoa.

Segundo. Que se mande al Gobernador de Navarra que á la mayor brevedad requiera á los propietarios de los molinos harineros de Vera y Sumbilla para que dentro de un corto plazo establezcan en sus presas escalas salmoneras que reúnan las condiciones convenientes, procediéndose á ejecutar las obras por los Delegados del Gobierno, y á costa de los expresados dueños, en el caso de que éstas no las hagan debidamente.

Tercero. Que por la Administración se proceda á reformar la escala existente en la presa de la fábrica de hierro de Vera con arreglo á lo propuesto por el Ingeniero Jefe.

Y cuarto. Que se advierta á los representantes de las casas Endarlaza y Barrenechea cesen en el uso del exclusivo derecho de pesca que vienen ejerciendo en el Bidasoa, incautándose y deshaciéndose por la Administración las nasas establecidas por los Ayuntamientos de Lesaca y Vera, sin perjuicio de los derechos que á unos y otros puedan corresponderles y hacer efectivos con arreglo á las leyes.

Real decreto de 31 de Agosto de 1888.

EXPOSICIÓN

SEÑORA: Justamente alarmada la opinión pública por la disminución rápida y creciente de la pesca en nuestras aguas dulces, que merma una de las más importantes riquezas naturales del país, el Ministerio de Fomento se ha preocupado de cuestión de tanta transcendencia, buscando el medio más eficaz y seguro de atajar el mal que deplora.

No basta á conseguirlo el proyecto de ley de pesca aprobado ya en uno de los Cuerpos Colegisladores y pendiente de discusión en el otro, puesto que dicho proyecto tiende á la conservación y al fomento de la misma en aquellas aguas en que la despoblación no haya llegado á ser completa; pero los mejores preceptos legislativos son ineficaces para crearla allí donde desapareció en absoluto, como funesta consecuencia de una desmedida codicia ó de un lamentable abandono, y á esa necesidad provee el presente decreto.

Preciso es, para evitar los efectos de tan sensible daño, poner en práctica los procedimientos de la piscicultura, industria desarrollada y perfeccionada merced á los trabajos del eminente Profesor de Embriogenia del Colegio de Francia, Mr. Coste, á quien se debe la creación del gran Establecimiento modelo de Hunningue, que hace más de treinta años distribuye por toda Europa millones de huevos fecundados y de pececillos; establecimiento donde han ido á estudiar Comisiones de todos los países,

incluso de España, y con arreglo á cuyos procedimientos se han creado las piscifactorías de Inglaterra, Alemania, Austria, Rusia, Holanda, Bélgica, Suiza y otras Naciones del continente europeo.

Convencido este Ministerio, por otra parte, de que la piscicultura no es ya tan solo una rama de la ciencia biológica que excita el interés de los naturalistas, sino que afecta al transcendental problema de la alimentación pública, al que deben prestar atención preferente los Gobiernos, y más todavía conociendo que es útil esperar que la iniciativa particular emprenda con esperanzas de éxito la repoblación de las aguas, siente el ineludible deber de dar impulso á esta obra, llevándola á cabo en los principales ríos que surcan la Península, esperando que, una vez trazado el camino, la industria privada sabrá después desarrollar sus fecundas iniciativas en condiciones ventajosas para el éxito de sus trabajos.

Estas consideraciones, rápidamente bosquejadas, decidieron á los dignos antecesores del Ministro que suscribe á crear y sostener el Establecimiento central de Piscicultura del Monasterio de Piedra, escuela permanente de los procedimientos científicos, plantel y depósito de gérmenes para las necesidades de la repoblación ictícola de las aguas dulces, á lo que debe seguir el detenido estudio de la hidrografía del país, y como su consecuencia la creación de modestos establecimientos locales, distribuídos en las regiones más convenientes, donde puedan avivarse los gérmenes que el Establecimiento central de Piedra les envíe, hasta que cuenten con elementos propios para funcionar con verdadera independencia.

En un país de tan extensa superficie como el nuestro, con tan variadas condiciones topográficas, geológicas y climatológicas no es posible conseguir éxitos apreciables con un solo establecimiento de repoblación ictícola, porque los largos viajes de las crías, su aclimatación en otras aguas que las nativas y otras causas poderosas producen considerables pérdidas, sólo evitables procurando que la propagación artificial se verifique en las aguas mismas destinadas á la repoblación.

Bien quisiera el Ministro que suscribe que la severa economía con que ha de organizarse este servicio no le impidiera crear un personal especial; pero puede suplirse esta deficiencia acudiendo

á alguno de los Cuerpos facultativos del Estado, ninguno de los cuales está más indicado que el de Ingenieros de Montes para encargarse de dicho servicio, porque en los programas de enseñanza de su Escuela especial figura desde hace muchos años el estudio teórico y práctico de la piscicultura: y porque su gestión técnica se ejerce en los terrenos de la zona forestal, en las partes elevadas de las cuencas de los ríos, allí donde éstos tienen su origen, en la región propia para la propagación de los peces salmonídeos, que son los más estimados y que mejor se prestan á la multiplicación artificial, y donde pueden ser más fecundas y provechosas las primeras tentativas de repoblación.

Fundado en estas consideraciones, el Ministro que suscribe tiene el honor de someter á la aprobación de V. M. el siguiente proyecto de decreto.

REAL DECRETO

De conformidad con lo propuesto por el Ministro de Fomento, de acuerdo con el Consejo de Ministros, en nombre de mi Augusto Hijo el Rey D. Alfonso XIII, y como Reina Regente del Reino,

Vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° El Ministerio de Fomento, utilizando las aptitudes y los servicios del Cuerpo de Ingenieros de Montes, procederá con urgencia, y en la medida que lo permitan los elementos naturales que pueda proporcionar el Establecimiento de piscicultura del Monasterio de Piedra, á la repoblación y al fomento de la pesca en las principales corrientes y depósitos naturales de agua dulce de la Península.

Art. 2.° Se nombrará con carácter provisional una Comisión directiva de repoblaciones ictícolas, compuesta de tres Ingenieros de dicho Cuerpo, la cual, previo un detenido estudio de la hidrografía del país, propondrá, dentro del plazo de tres meses, el emplazamiento más conveniente para los establecimientos locales de piscicultura destinados á la repoblación de las aguas, y formulará los proyectos y presupuestos para su fundación, así como los planes de repoblaciones, que serán sometidos á la aprobación del Ministerio de Fomento, previo informe de la Junta facultativa del ramo.

Art. 3.° Corresponden á esta Comisión los trabajos de insta-

lación de los establecimientos locales; pero su conservación y entretenimiento, así como la ejecución de los planes de repoblaciones ictícolas aprobados por el Ministerio de Fomento, quedarán á cargo de los Ingenieros Jefes de los distritos forestales respectivos.

Art. 4.° A medida que sea necesario se creará el personal subalterno de piscicultores prácticos para auxiliar en sus trabajos á los Ingenieros Jefes de los distritos, recibiendo su instrucción técnica en el Establecimiento de Piscicultura del Monasterio de Piedra.

Art. 5.° Siempre que sean objeto de operaciones piscícolas los arroyos, ríos ó lagunas pertenecientes á montes públicos, los gastos que aquéllas originen se satisfarán con cargo al capítulo del presupuesto de este Ministerio para la repoblación y mejora de aquellas fincas.

Art. 6.° Anualmente, y en vista de las propuestas formuladas para la creación de nuevos establecimientos locales de piscicultura, de los presupuestos de conservación de los existentes y de los planos de repoblación que la Comisión directiva someta á la aprobación del Ministerio de Fomento, consignará éste en su presupuesto las cantidades necesarias para la ejecución de dichos trabajos, siempre que no afecten á regiones hidrológicas enclavadas dentro del área de los montes públicos.

Convenio relativo al ejercicio de la pesca en el Bidasoa, firmado en Bayona el 18 de Febrero de 1886.

S. M. la Reina Regente de España y el Presidente de la República francesa, deseando modificar el acta adicional concluída en Bayona, con fecha 31 de Marzo de 1859, entre España y Francia, para sancionar el Reglamento internacional sobre el ejercicio de la pesca y los varios arreglos relativos al Bidasoa, han resuelto concluir, á este fin, un Convenio especial, y han nombrado al efecto, por sus Plenipotenciarios, á saber:

S. M. la Reina Regente de España al Sr. D. Justo Pérez Ruano, Ministro Plenipotenciario, Presidente de la Delegación española en la Comisión internacional de los Pirineos; y

El Presidente de la República francesa al Sr. Conde de Tristán de Montholon, Ministro Plenipotenciario, Presidente de la Delegación francesa en la Comisión internacional de los Pirineos.

Los cuales, después de haberse comunicado sus plenos poderes respectivos, hallados en buena y debida forma, han convenido en lo siguiente:

DERECHO DE PESCA

Artículo 1.° El derecho de pesca en el río Bidasoa desde Chapitelaco-Arria ó Chapitaco-Erreca, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenece exclusiva é indistintamente en España á los habitantes de Fuenterrabía é Irún, y en Francia á los de los pueblos de Urruña, Biriatú y Hendaya.

Dichos habitantes podrán pescar con toda clase de embarcaciones. Sin embargo, las embarcaciones empleadas deberán llevar como signos distintivos el nombre del pueblo al que las mismas pertenecen y su número, pintados en la proa y al exterior, á saber:

Amarillo sobre fondo negro para las de Fuenterrabía.

Negro sobre fondo blanco para las de Irún.

Azul sobre fondo blanco para las de Hendaya.

Blanco sobre azul para las de Urruña.

Rojo sobre fondo blanco para las de Biriatú.

Dichos habitantes continuarán, sin estar obligados á justificar su inscripción en la matrícula marítima de su respectivo país, á ejercer sobre todos los puntos de la ría que cubren las mareas vivas derechos idénticos para la pesca y para todos los abonos marítimos, sin que se hallen sometidos á otras disposiciones que las contenidas en el presente Reglamento.

Art. 2.° Los ribereños de ambos países podrán á su comodidad retirar y sacar sus redes, sea á la orilla española, sea á la francesa; pero en ningún caso á una propiedad particular sin la autorización del propietario, y según el uso existente, todos los productos de la pesca podrán introducirse libres de derechos er cualquiera de los dos países.

Art. 3.° La pesca con caña ó anzuelo continuará por excepción, siendo libre como hasta aquí para todos, menos en las épocas del desove.

ÉPOCAS PARA LAS DIFERENTES PESCAS

Dimensiones de las diversas especies de pescados y de mariscos.

Art. 4.° La pesca de la anguila, de la lamprea, de la platija y del múgil ó corrocón se permite en todos los tiempos. Se prohíbe la pesca del salmón y de la trucha salmonada desde el fin de Julio hasta 1.° de Febrero. De las ostras, desde el 16 de Febrero al 15 de Noviembre. De la trucha, desde el 20 de Octubre hasta el 31 de Enero. De la alosa, desde el fin de Marzo hasta 1.° de Junio. De los demás pescados no mencionados, desde el 15 de Marzo hasta el 1.° de Junio. De las almejas, desde el 30 de Abril á 1.° de Julio.

En todo tiempo se prohíbe igualmente pescar ostras y almejas desde la puesta del sol hasta su salida.

Art. 5.° Se prohíbe pescar ó recoger, de cualquiera manera que sea, las huevas de todos los pescados y de los crustáceos y el emplearlas como cebo.

Art. 6.° Se prohíbe pescar los pescados que no tengan las dimensiones siguientes entre el ojo y el nacimiento de la cola: el salmón que no tenga de largo 27 centímetros, la trucha salmonada 27 centímetros, la anguila que de un extremo á otro no tenga la longitud de 21 centímetros, la alosa que no tenga 27 centímetros, el rodaballo que no tenga 20 centímetros: todos los demás pescados que no tengan de largo 16 centímetros podrán ser recogidos en todo tiempo, cualquiera que sea su dimensión. Se prohíbe igualmente coger ostras que no tengan de diámetro mayor cinco centímetros y las almejas que no tengan tres.

La prohibición de la pesca de las ostras podrá ser ordenada temporalmente, al menos por un año, si esta medida es aconsejada por el interés de la conservación de los fondos. Los demás mariscos podrán cogerse cualquiera que sea su dimensión.

Art. 7.° Los pescadores estarán obligados á echar al río los pescados designados en el artículo anterior que no tengan las dimensiones señaladas, y á dejar las ostras y almejas que no tengan el diámetro prefijado, en el mismo sitio de donde se hubieran cogido.

ABONOS MARÍTIMOS

Art. 8.° Según el uso existente, todos los ribereños indistintamente continuarán recogiendo en todos los puntos del curso del Bidasoa, bañados por las altas mareas, todas las hierbas marítimas, á excepción de las que están adheridas á los vallados de las tierras labrantías que pertenecen exclusivamente á los propietarios de estas tierras.

Continuarán también tomando y extrayendo la arena, fange y toda clase de abonos marítimos en todos los expresados puntos que quedan descubiertos en baja mar; pero no se podrán extraer sino á la distancia de 10 metros de los vallados, diques y ribazos ú orillas de la tierra firme, y á ocho metros de los depósitos de cualquiera clase de mariscos y de los criaderos de pescados de que se hará mención en uno de los artículos siguientes.

REDES, INSTRUMENTOS Y MÉTODOS DE PESCA PERMITIDOS

Art. 9.° Para la pesca del salmón, de la alosa y de la trucha se usará únicamente de la red simple de que se sirven en el día, y cuyas mallas del medio tengan lo menos un cuadrado de 52 milímetros de lado, y las de los lados de la red 60 milímetros por lo menos. Su longitud será al menos de 116 metros. Para la pesca del múgil ó corrocón, de la platija, lenguado, rodaballo y trucha común, las mallas de las redes tendrán 20 milímetros en cuadro; y para la pesca de las anguilas y demás pescados de pequeña especie, lo menos 15 milímetros. Para la pesca de estos pequeños pescados se podrán también usar butrinos, cuyas mallas sean de las mismas dimensiones, pero echados en el agua sin ninguna empalizada por los lados.

Las mallas de las redes y butrinos autorizados deberán tener las dimensiones fijadas para cada clase, cuando dichas redes estén mojadas.

Art. 10. El derecho exclusivo de la pesca del salmón en toda la extensión del Bidasoa, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenecerá sucesivamente, durante veinticuatro horas, de mediodía á mediodía, hora del reloj de la iglesia de Irún, á los pueblos ribereños franceses ó españoles.

Ocho días antes del en que se principie la pesca del salmón, los Alcaldes de estos pueblos ó sus delegados se reunirán para sortear el pueblo al cual corresponda el primer turno y el orden en el que los otros pueblos serán llamados á ejercer su derecho.

Al mismo tiempo formarán una lista nominativa de los pescadores que en cada pueblo posee n redes reglamentarias.

Los turnos de pesca que resulten del sorteo por pueblo, como asimismo la lista nominativa mencionada, serán comunicados á los guarda-pesca y á los demás encargados de la vigilancia y ejecución del presente Reglamento designados en el art. 15.

El número de redes echadas al agua podrá ser ilimitado, á condición que tengan las mallas reglamentarias.

Art. 11. Se prohíbe expresamente:

1.° Hacer uso en el Bidasoa de otras redes que las mencionadas en el art. 9.°, y especialmente de las redes llamadas en francés *chalut,* en español arrastre, y del trasmallo.

2.° Servirse de dichas redes sin que estén revestidas de los plomos ó marcas que se adopten por las Autoridades respectivas, y emplearlas para otros pescados distintos de los designados para el uso de cada red.

3.° Echar en el río drogas, materias explosivas ó cebos que tiendan á embriagar ó destruir el pescado, y auyentarle golpeando el agua ó asustándole de cualquiera manera, con el objeto de hacer entrar al pescado en la red ó cualquier instrumento de pesca.

4.° Transportar y vender los pescados ó mariscos que no tengan las dimensiones determinadas en el art. 6.° ó que se pesquen en las épocas prohibidas.

5.° Pescar con la ayuda de cuerdas ó sedales durmientes ó echados al fondo.

6.° Cerrar ó atajar ninguna de las partes del río cubiertas á la alta marea con aparejo ó proceder que tenga por objeto desviar el curso natural de las aguas é impedir el paso del pescado ó dañar á la repoblación del río.

Art. 12. Se prohíbe bajo ningún pretexto tirar ó levantar las redes ú otros instrumentos de pesca á otra persona que no sea el dueño.

DEPÓSITOS DE MARISCOS Y CRIADEROS DE PESCADO

Art. 13. Los ribereños podrán pescar indistintamente en todas las partes del Bidasoa que cubran las altas mareas toda especie de mariscos; pero no podrán construir establecimientos de pesquería permanentes ó temporales, parques ó depósitos de ostras, almejas ó de cualquiera otra clase de mariscos, sin la autorización de las Municipalidades de los pueblos en cuya jurisdicción se trate de establecerlos y sin someterse á las condiciones que se les impongan.

La autorización así acordada será revocable y nunca podrá considerarse como una concesión; y si se revoca por infracción de las condiciones impuestas, se destruirá siempre el establecimiento á costa del contraventor.

Estos depósitos ó parques no deberán en ningún caso embarazar la navegación ni servir de medio de pesca, y deberán construirse á la distancia de 100 metros unos de otros cuando menos.

Art. 14. Los pescadores españoles y franceses, de común acuerdo y contribuyendo mancomunadamente y no de otro modo, podrán establecer en cualquiera de las dos orillas del Bidasoa viveros ó criaderos de pescados para la repoblación de las aguas de dicho río; pero no deberán servir sino para la propagación del pescado y sin que sirva en ningún caso de embarazo á la navegación.

POLICÍA Y VIGILANCIA DE LA PESCA

Art. 15. Para asegurar el mantenimiento del orden y la ejecución de las disposiciones del presente Reglamento, la vigilancia será ejercida y las contravenciones serán comprobadas en la forma prescrita en el art. 16:

1.° Por los Comandantes de las fuerzas marítimas de cada Estado en el Bidasoa ó sus delegados, ó por los patrones de las embarcaciones de los estacionarios.

2.° Por cuatro guarda-pesca: dos nombrados por las Municipalidades de Urruña, de Hendaya y de Biriatú, y dos por las M nicipalidades de Irún y de Fuenterrabía.

Estos guardas, cuyo salario estará á cargo de las Municipal dades que les nombren, serán juramentados y revestidos de ur

bandolera con placa que indique su cargo. Dichos guardas estarán bajo la directa vigilancia del Comandante del estacionario, y deberán conformarse á sus instrucciones en todo lo que concierne á la policía de la pesca.

Las Autoridades subalternas mencionadas anteriormente transmitirán los sumarios á los Comandantes de las fuerzas marítimas de cada Estado.

Art. 16. Las contravenciones al presente Reglamento se probarán por testigos ó por medio de sumarios extendidos y firmados por las Autoridades arriba mencionadas.

Las mismas están igualmente autorizadas para embargar las redes y otros instrumentos de pesca prohibidos, así como los pescados que se cojan en contravención. Podrán también requerir directamente la fuerza pública para la represión de las infracciones al presente Reglamento, igualmente que para la aprehensión de las redes prohibidas y de los pescados y mariscos que se pesquen en contravención.

Las infracciones relativas á los casos de venta y transporte del pescado, mariscos y sus huevas que se hayan cogido en tiempo de veda ó no lleguen á las dimensiones prescritas, podrán consignarse en una sumaria firmada por cualquier agente de la Autoridad judicial, quien podrá transmitir directamente su sumario al Tribunal competente.

DISPOSICIONES PENALES

Art. 17. Á fin de que haya verdadera identidad de derechos para todos los ribereños, es preciso que haya identidad de represión para los contraventores de ambos países que hayan violado las medidas adoptadas para reglamentar conforme á los Tratados el goce común del Bidasoa.

Los Tribunales ó Autoridades competentes fallarán en ambos países contra los pescadores sometidos á su jurisdicción por las infracciones al presente Reglamento:

1.° La aprehensión y destrucción de las redes y otros instrumentos de pesca prohibidos.

2.° La multa desde 10 hasta 80 pesetas, ó la prisión durante dos días lo menos ó diez días lo más.

Art. 18. En todos los casos de reincidencia el infractor será

condenado al duplo de la multa ó prisión que haya sido impuesta la primera vez contra él; pero la doble pena no podrá nunca exceder del máximum establecido en el párrafo segundo del artículo precedente. Hay reincidencia cuando dentro de los doce meses precedentes haya habido un primer juicio contra el infractor por contravención á las diposiciones del presente Reglamento.

Si en los doce meses precedentes hubiere habido dos juicios contra el infractor por contravención á las disposiciones del Reglamento, la multa ó prisión podrá ser el duplo del máximum fijado en el artículo precedente.

Art. 19. El Tribunal ó los Magistrados competentes acordarán cuando haya lugar, además de la pena impuesta por contravención al presente Reglamento, el pago de los daños y perjuicios en favor de quien tenga derecho á ellos, y determinarán su cuantía.

Art. 20. Cualquier ribereño que pesque salmón fuera de su turno de pesca sin la autorización del que le toque, estará sujeto á la multa ó prisión determinadas en el párrafo 2.° del art. 17, y además deberá entregar el salmón pescado ó su valor al pescador á quien corresponda el turno. En caso de reincidencia podrá ser condenado á la multa ó prisión, y podrá pronunciarse además la confiscación de las redes.

Art. 21. Los pescados que se cojan en contravención á las disposiciones del presente Reglamento se distribuirán inmediatamente á los pobres del pueblo ribereño en cuya jurisdicción se hayan cogido.

Art. 22. El producto de las multas impuestas en virtud del presente Reglamento ingresará en los dos países en las Cajas municipales, y la cuarta parte se aplicará en favor del guarda ó agente de policía municipal que haya justificado ó hallado la infracción.

Art. 23. Los padres, madres, maridos y amos podrán ser declarados responsables de las contravenciones que cometan sus hijos menores, mujeres, criados ó jornaleros.

Art. 24. Cualquier ribereño que haya ultrajado en el ejercicio de sus funciones á alguno de los encargados mencionados en el artículo 15, y á cualquiera agente de la Autoridad judicial actuando, según se expresa en el último párrafo del art. 16, ó que les resista con violencia ó pasando á vías de hecho, quedará

sujeto á las penas prescritas para este caso en el Código de su país.

Art. 25. El guarda que en el ejercicio de sus funciones dé pruebas de negligencia será revocado inmediatamente; y si hubiere admitido dádiva ó promesas por faltar á sus deberes, será perseguido según las disposiciones prescritas para estos casos en la legislación de su país.

REPRESIÓN DE LAS CONTRAVENCIONES

Art. 26. El juicio de toda contravención al presente Reglamento será sometido en los dos países á las atribuciones exclusivas del Tribunal competente, y los infractores no podrán ser perseguidos sino ante el Tribunal de su respectivo país; es decir, en España ante el Tribunal civil de San Sebastián; en Francia ante el Tribunal de primera instancia de Bayona.

Art. 27. Los sumarios que no sean formados por agentes de la Autoridad judicial deberán ser remitidos al Comandante de las fuerzas marítimas á cuya jurisdicción pertenezca el infractor. Este Oficial, después de haberles visado, deberá enviarles sin demora y con informe al Tribunal competente.

De la sentencia que recaiga se dará conocimiento á la Autoridad que haya formado el sumario.

Art. 28. Los encargados de la ejecución del presente Reglamento mencionados en el art. 15 podrán hacer constar las infracciones de todos los ribereños, cualquiera que sea su nacionalidad; pero los contraventores no podrán ser juzgados sino por el Tribunal competente de su país.

Art. 29. Los sumarios formados por los Agentes mencionados en el art. 15 harán fe á falta de prueba en contrario.

Art. 30. Sin perjuicio de las atribuciones del Ministerio público, el procedimiento que resulte de daños ó pérdidas experimentadas por pescadores de parte de otros pescadores se hará de oficio por los Maires ó Alcaldes ó por denuncia de la parte civil.

Art. 31. La acción de perseguir tanto de oficio como civilmente á los contraventores por las infracciones de que se trata en el presente Reglamento, prescribirá á los sesenta días, contados desde el día en que haya tenido lugar la contravención.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 32. El presente Reglamento se pondrá en ejecución desde el 1.° de Enero del año siguiente al en que quede promulgado.

Entretanto se continuará con la actual costumbre, excepto en lo relativo á las épocas de pesca, á las dimensiones que deben tener los diferentes pescados y á las prohibiciones establecidas en los párrafos tercero, cuarto y quinto del art. 11, que tendrán cumplido efecto desde el mismo día en que tenga lugar la promulgación.

Se señala el término de un año desde el día en que se promulgue este Reglamento, para conformarse á las disposiciones del art. 9.°, que indica las dimensiones de las mallas de las diferentes redes autorizadas.

Art. 33. Las Altas Partes contratantes se comprometen á no introducir ningún cambio en el presente Reglamento sin haber consultado previamente la opinión de un número igual de Delegados de las Municipalidades de las dos orillas del Bidasoa.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios respectivos han firmado y sellado el presente Convenio.

Hecho en Bayona en doble original el 18 de Febrero de 1886. (L. S.)=(Firmado.)=*Justo Pérez Ruano.*=(L. S.)=(Firmado.)= C.te *T. Montholon.*

Convenio de 19 de Enero de 1888 modificando el de 13 de Febrero de 1886 relativo al ejercicio de la pesca en el Bidasoa.

Cancillería.—Protocolo firmado en Madrid el 19 de Enero, modificando varios artículos del Convenio de 18 de Febrero de 1886 relativo al ejercicio de la pesca en el Bidasoa.

Los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos para dar el carácter de un acuerdo internacional á las modificaciones introducidas por la Comisión internacional de límites del Pirineo en determinados artículos del Convenio de pesca entre Francia y España, celebrado en 18 de Febrero de 1886, han convenido en insertar en el presente Protocolo los artículos

modificados, que tendrán la misma fuerza y valor que los demás consignados en el Convenio arriba mencionado.

Los artículos modificados son los que á continuación se expresan:

Artículo 1.° El derecho de pesca en el río Bidasoa desde Chapitelaco Arria ó Chapitelaco Esreca, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenece exclusiva é indistintamente en España á los habitantes de Fuenterrabía é Irún, y en Francia á los de los pueblos de Uruño, Biriatu y Hendaya.

En los afluentes del Bidasoa este derecho de pesca pertenece exclusivamente á la Nación en cuyo territorio corren dichos afluentes.

Dichos habitantes podrán pescar con toda clase de embarcaciones. Sin embargo, las embarcaciones empleadas deberán llevar como signos distintivos el nombre del pueblo al que las mismas pertenezcan y su número pintados en la proa y al exterior y sobre la madera misma de la embarcación.

Las dimensiones de las letras serán por lo menos de 10 centímetros.

Las embarcaciones francesas llevarán una faja azul y las embarcaciones españolas una faja amarilla de extremo á extremo. La anchura de la faja será de 10 centímetros.

Dichos habitantes continuarán, sin estar obligados á justificar su inscripción en la matrícula marítima de su respectivo país, ejerciendo sobre todos los puntos de la ría que cubren las mareas vivas derechos idénticos para la pesca y para todos los abonos marítimos, sin que se hallen sometidos á otras disposiciones ó restricciones que las contenidas en el presente Reglamento.

Art. 9.° Para la pesca del salmón, de la aloza y de la trucha salmonada se permitirá únicamente la red simple de que se sirven en el día y cuyas mallas del medio tengan por lo menos 52 milímetros en cuadro, y las de los lados de la red 60 milímetros por lo menos.

Su longitud será al menos de 116 metros.

Para la pesca del mugil ó caracón, de la platija, lenguado, rodaballo y trucha común, las mallas de las redes deberán tener 20 milímetros en cuadro por lo menos, y para la pesca de la anguila y de los peces de pequeña especie lo menos 15 milímetros. Para

la pesca de estos pequeños peces se podrán también usar butrinos, cuyas mallas sean de las mismas dimensiones, pero echados en el agua sin ninguna empalizada por los lados.

Las mallas de las redes y butrinos permitidos deberán tener las dimensiones fijadas para cada clase cuando dichas redes estén mojadas.

Las redes que sirvan para pescar langostinos no deberán tener más de tres brazas de abertura, y no podrá servirse de ellas en aguas arriba del puente de Behovia.

Art. 10. El derecho exclusivo de la pesca de salmón en toda la extensión del Bidasoa, en su desembocadura y en la rada de Higuer, pertenecerá alternativamente á las dos Naciones ribereñas durante veinticuatro horas, de mediodía á mediodía, hora del reloj de la iglesia de Irún, disfrutando así cada Nación del derecho exclusivo de pesca al día siguiente que la otra.

Quince días antes del 1.º de Febrero, los Maires ó Alcaldes de los pueblos ribereños, ó sus delegados, se reunirán para sortear la Nación á la cual corresponderá el primer turno, debiendo después cada Nación, según se dirá más adelante, reglamentar como los juzgue conveniente el ejercicio de su derecho.

Ocho días más tarde, los Maires ó Alcaldes, ó sus delegados, tanto en España como en Francia, se reunirán (cada grupo nacional por su parte) para reglamentar el empleo de las veinticuatro horas de pesca correspondientes á cada Nación.

Estos delegados decidirán libremente si quieren pescar, sea por pueblos, guardando el turno, sea todos los pueblos juntos en el mismo día, ó según otro modo que les convenga.

Una vez de acuerdo sobre este punto, los delegados tendrán el deber de comunicar el resultado de sus deliberaciones á los Comandantes respectivos, y el modo de pesca así acordado deberá ser obedecido, bajo pena de contravención.

Si los Maires ó Alcaldes no comunicasen en tiempo útil el resultado de sus deliberaciones, cada una de las Delegaciones de la Comisión internacional tomará la iniciativa de fijar el cómo del ejercicio de la pesca para sus nacionales. Esta fijación tendrá lugar desde los primeros días de Febrero.

Los Maires ó Alcaldes, ó sus delegados, formarán una lista nominativa de los pescadores que en cada pueblo poseen redes reglamentarias.

La lista nominativa así determinada, se comunicará á todos los encargados de la vigilancia y ejecución del presente Reglamento designados en el art. 15.

El número de redes echadas al agua podrá ser ilimitado, á condición de que tengan las mallas reglamentarias.

Art. 16. Las contravenciones al presente Reglamento se probarán por testigos ó por medio de sumarios verbales, extendidos y firmados por las Autoridades arriba mencionadas.

Los Comandantes de las fuerzas navales francesas y españolas en el Bidasoa se hallan autorizados á embargar las redes y otros instrumentos de pesca prohibidos, así como el pescado cogido en contravención. Pueden también embargar en el acto las redes, aun las no prohibidas, de los delincuentes nacionales cuando lo haga necesario la naturaleza de la contravención.

Los guardapesca tendrán el derecho de requerir directamente la fuerza pública para la represión de las contravenciones al presente Reglamento, así como para el embargo de los instrumentos de pesca prohibidos, del pescado y de los mariscos pescados en contravención.

Las infracciones en materia de venta y del transporte del pescado, de los mariscos y de las huevas cogido en tiempo de veda, ó que no lleguen á las dimensiones prescritas, podrán igualmente hacerse constar por cualquier agente de la Autoridad judicial, quien podrá transmitir directamente su sumario al Tribunal competente.

Art. 17. A fin de que haya verdadera identidad de derechos para todos los ribereños, es preciso que haya identidad de represión para los contraventores de ambos países que hayan violado las medidas adoptadas para reglamentar, conforme á los tratados, el goce común del Bidasoa.

En consecuencia, el Tribunal competente en los dos países fallará contra los pescadores sometidos á su jurisdicción por las infracciones al presente Reglamento:

1.° La confiscación y destrucción de las redes ú otros instrumentos de pesca prohibidos.

2.° La multa desde 16 pesetas hasta 100 pesetas, ó la prisión durante seis días como mínimum y un mes como máximum.

En todos los casos previstos por la presente convención, si las circunstancias parecen atenuantes, los Tribunales competentes

de los dos países serán autorizados á reducir la prisión á menos de los seis días y la multa á menos de 16 pesetas.

Podrán también imponer una y otra pena, sin que en ningún caso la multa pueda bajar á menos de una peseta y la prisión á menos de veinticuatro horas.

Art. 26. El juicio de toda contravención al presente Reglamento será sometido en los dos países á las atribuciones exclusivas del Tribunal competente, y los infractores no podrán ser perseguidos sino ante el Tribunal de su respectivo país; es decir, en España ante el Tribunal civil de San Sebastián; en Francia ante el Tribunal correccional de Bayona.

Art. 29. Los sumarios instruídos por los agentes mencionados en el art. 15 harán fe en tanto que no adolezcan de vicio de falsedad.

En fe de lo cual, los infrascritos han firmado el presente protocolo, que han sellado con el sello de sus armas.

Hecho en Madrid por duplicado el 19 de Enero de 1888.

Firmado: *S. Moret.*—Firmado: *P. Cambon.*

Este convenio ha sido debidamente ratificado, y las ratificaciones canjeadas en Madrid el día 20 de Septiembre de 1888.

Acuerdo entre España y Portugal relativo á la pesca en las aguas del Algarbe.

El Ministro de Negocios Extranjeros de S. M. F. al Ministro plenipotenciario de S. M. C. en Lisboa...

Ilmo. y Excmo. Sr.: Recibí á su debido tiempo la nota de 27 de Junio último, en que V. E., reiterando en nombre de su Gobierno la petición de que se permita que pesquen barcos españoles dentro de las seis millas en las aguas marítimas adyacentes á la costa del Algarbe, confía, por las razones que invoca, en que ambos Gobiernos sabrán hallar una forma por la cual esa petición pueda ser atendida desde luego con carácter temporal hasta resolver á su tiempo definitivamente el asunto...

Contra la concesión que se propone, militan todavía las razones sumariamente expuestas en mi nota de 20 de Junio del corriente año.

Sin embargo, el vivo deseo que anima á este Gobierno de patentizar al de una Nación vecina y amiga su buena voluntad para ayudarle en el propósito de atender á algunos centenares de pescadores españoles que atraviesan una época menos favorable para el ejercicio de su profesión, le persuadieron á concordar mediante ciertas cláusulas y durante un plazo limitado, en lo que tan persistentemente se le pide.

Tengo, pues, la honra de comunicar á V. E. los términos en que este Gobierno se halla dispuesto á hacer la concesión solicitada, conforme á lo deliberado en las conferencias que han celebrado los Delegados de los dos países y de lo que ya ha sido objeto de repetidas conversaciones entre V. E. y yo.

Desde el día 1.º de Septiembre de 1894, hasta el 31 de Marzo de 1895, las artes españolas armadas en los puertos situados entre el Guadiana y Huelva, no siendo de la clase de las prohibidas actualmente por la legislación portuguesa, podrán pescar juntamente con las artes portuguesas entre la desembocadura del Guadiana y la barra de Fuzeta, á la distancia de tres á seis millas de la costa, contadas desde la línea de la bajamar de las mayores aguas, bajo las condiciones siguientes:

1.ª Los barcos de pesca españoles y sus respectivas tripulaciones quedarán sujetos á las leyes y reglamentos de Portugal, así como á la exclusiva jurisdicción de las autoridades portuguesas, para juzgar y castigar las contravenciones en todo lo que toca á la pesca y á los fines de este acuerdo, debiendo en los demás casos aplicarse los principios que los rijan como ocurrido en territorio portugués y según lo establecido en los tratados vigentes entre los dos países.

2.ª El pescado cogido por los barcos españoles en la misma zona quedará sujeto al impuesto denominado «del pescado», que será cobrado por concierto establecido entre los patrones y las autoridades portuguesas relativamente á la pesca destinada á España, y será percibido en la forma comúnmente establecida en cuanto á la pesca destinada á Portugal; en la inteligencia de que el impuesto que se cobre no será mayor para los españoles que para los portugueses.

3.ª El Gobierno portugués se reserva el derecho de perseguir, juzgar y castigar severamente, según sus leyes y dentro de la zona portuguesa de seis millas, á las parejas, nucletas y demás

aparejos análogos, y á todos los demás barcos que pretendan pescar allí ilícitamente; quedando entendido que las providencias y disposiciones que para conseguir tal fin se adopten, las comunicará el Gobierno al de España con la antelación suficiente para que se conozcan en la zona de que se trata antes del día 1.° de Septiembre próximo futuro.

4.ª Los barcos de pesca españoles podrán ser tripulados por portugueses y españoles indistintamente, á voluntad de sus patrones.

5.ª Durante el referido plazo de 1.° de Septiembre de 1894 á 31 de Marzo de 1895, todo el pescado fresco, con la sal indispensable para su conservación, salado y prensado, seco, ahumado ó en escabeche de vinagre, en barricas ó barriles procedentes de Portugal por vía marítima, será admitido con exención de los derechos en los puertos de España situados en la zona fluvial del Miño ó del Guadiana.

El acuerdo así establecido provisionalmente y por un plazo limitado permitirá estudiar el asunto de modo que aproveche la experiencia de los hechos, pero no se compromete, sin embargo, este Gobierno en forma alguna á que de ese estudio resulte cualquier resolución definitiva contraria á las disposiciones del vigente tratado de 27 de Marzo de 1893.

Cuando V. E., respondiendo á esta nota, me declare la adhesión de su Gobierno á las condiciones que dejo formuladas, el Gobierno de S. M. expedirá á las autoridades competentes las instrucciones encaminadas á que en el plazo fijado se haga efectiva la concesión temporal y excepcional de que se trata.

Aprovecho, etc.

Firmado.=*Hintze Ribeiro.*»

«El Ministro plenipotenciario de S. M. C. en Lisboa al Ministro de Negocios Extranjeros de S. M. F.

Lisboa, 13 de Agosto de 1894...

...Tengo el honor de comunicar á V. E. que mi Gobierno acepta la concesión del de S. M. F. para que las artes de pesca españolas, armadas en los puertos situados entre el Guadiana y Huelva, no siendo del género de las prohibidas actualmente por la legislación portuguesa, puedan pescar juntamente con las artes portuguesas desde la línea limítrofe del Guadiana á la barra de Fuzeta, á distancia de tres á seis millas de la costa, contadas

desde la línea de bajamar de las mayores mareas, bajo las condiciones siguientes: (Á continuación reproduce el Ministro de España en Lisboa las contenidas en la nota anterior.)

Aprovecho esta oportunidad, etc.

Firmado.=*El Marqués de Bendaña.*

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

DISPOSICIÓN PRELIMINAR

Art. 609. La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

TÍTULO PRIMERO

DE LA OCUPACIÓN

Art. 610. Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

Art. 611. El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales.

Art. 612. El propietario de un enjambre de abejas tendrá de-

recho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

Art. 613. Las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.

Art. 614. El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.

Art. 615. El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, ó su valor, al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, á satisfacer los gastos.

Art. 616. Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2.000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte en cuanto al exceso.

Art. 617. Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó

sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.

TÍTULO II

DE LA DONACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

De la naturaleza de las donaciones.

Art. 618. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

Art. 619. Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Art. 620. Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

Art. 621. Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.

Art. 622. Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.

Art. 623. La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

CAPÍTULO II

De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones.

Art. 624. Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.

Art. 625. Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.

Art. 626. Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

Art. 627. Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

Art. 628. Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.

Art. 629. La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.

Art. 630. El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante.

Art. 631. Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas á procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633.

Art. 632. La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

Art. 633. Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

CAPÍTULO III

De los efectos y limitación de las donaciones.

Art. 634. La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

Art. 635. La donación no podrá comprender los bienes futuros.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Art. 636. No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.

Art. 637. Cuando la donación hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Art. 638. El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Éste, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.

Art. 639. Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado.

Art. 640. También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el artículo 781 de este Código.

Art. 641. Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquiera caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Art. 642. Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

Art. 643. No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

CAPÍTULO IV

De la revocación y reducción de las donaciones.

Art. 644. Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2.º Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Art. 645. Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudieren ser restituídos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

Art. 646. La acción de revocación por superveniencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el nacimiento del último hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Esta acción es irrenunciable, y se transmite, por muerte del donante, á los hijos y sus descendientes legítimos.

Art. 647. La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la ley Hipotecaria.

Art. 648. También podrá ser revocada la donación, á instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.° Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2.° Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe; á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

3.° Si le niega indebidamente los alimentos.

Art. 649. Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad.

Las posteriores serán nulas.

Art. 650. En el caso á que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Art. 651. Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el art. 644, ó por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.

Art. 652. La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

Art. 653. No se transmitirá esta acción á los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Art. 654. Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código.

Art. 655. Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causa-habientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

Art. 656. Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (disposición preliminar y títulos I y II, libro III), y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros 5

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Título primero.—De la ocupación 177

Art. 610, pág. 184 Art. 613, pág. 269 Art. 616, pág. 284
» 611, » 208 » 614, » 277 » 617, » 345
» 612, » 244 » 615, » 280

Título II.—De la donación 375

CAPÍTULO PRIMERO

De la naturaleza de las donaciones 385

Art. 618, pág. 388 Art. 620, pág. 401 Art. 622, pág. 405
» 619, » 389 » 621, » 404 » 623, » 433

CAPÍTULO II

De las personas que pueden hacer ó recibir donaciones.... 442

Art. 624, pág. 444 Art. 628, pág. 516 Art. 632, pág. 557
» 625, » 446 » 629, » 527 » 633, » 557
» 626, » 446 » 630, » 531
» 627, » 446 » 631, » 531

Págs.

CAPÍTULO III

De los efectos y limitación de las donaciones..... 589

Art. 634, pág. 590 Art. 638, pág. 626 Art. 642, pág. 648
» 635, » 591 » 639, » 628 » 643, » 648
» 636, » 591 » 640, » 629
» 637, » 623 » 641, » 629

CAPÍTULO IV

De la revocación y reducción de las donaciones..... 654

Art. 644, pág. 655 Art. 649, pág. 660 Art. 654, pág. 690
» 645, » 655 » 650, » 660 » 655, » 691
» 646, » 656 » 651, » 660 » 656, » 692
» 647, » 656 » 652, » 661
» 648, » 658 » 653, » 661

APÉNDICES

1.° Art. 610.—Adquisiciones del Estado.—Ley de 16 de Mayo de 1835..... 699
Renta de Aduanas.—Ordenanzas generales..... 703
2.° Art. 611.—Caza.—Ley de 10 de Enero de 1879..... 705
Real orden de 7 de Mayo de 1880..... 714
Circular de 5 de Febrero de 1881..... 715
Real orden de 14 de Marzo de 1881..... 715
Circular de 2 de Marzo de 1888..... 719
Licencias de caza, pesca y uso de armas.—Real decreto de 10 de Agosto de 1876..... 722
Ley del Timbre del Estado: art. 83..... 726
Reglamento para llevar á efecto la ley del Timbre: artículo 10..... 726
Real orden de 7 de Agosto de 1893..... 727
Real orden de 25 de Septiembre de 1893..... 728
Real orden de 21 de Septiembre de 1894..... 730
Pesca: Real decreto de 3 de Mayo de 1834..... 731
Real decreto de 1.° de Noviembre de 1895..... 733
Real decreto de 15 de Noviembre de 1895..... 739
Reglamento para la propagación de los mariscos..... 744
Reglamento para la pesca de los crustáceos..... 751
Real decreto de 25 de Septiembre de 1888..... 756
Real decreto de 31 de Agosto de 1888..... 762

Págs.

Convenio con Francia relativo á la pesca en el Bidasoa de 18 de Febrero de 1886..... 765
Convenio de 19 de Enero de 1888 modificando el anterior..... 774
Acuerdo entre España y Portugal de 13 de Agosto de 1894..... 778

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 783

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Abandono de cosas muebles en los almacenes de las Empresas ferrocarrileras	»	»	199
Idem de mercancías en las Aduanas	»	»	199
Idem de reses mostrencas	»	»	203
Abejas	612	»	244
Idem. Código de Guatemala	»	»	80
Idem. Idem de Italia	»	»	48
Idem. Idem mejicano	»	»	91
Idem. Idem portugués	»	»	64
Idem. Proyecto alemán	»	»	20
Acciones para pedir la revocación de la donación	»	»	685
Aceptación de la donación. Antecedentes legales	»	»	533
Idem de la donación por el donatario	630	»	531
Idem de la donación por el mayor de edad. Códigos belga y francés	»	»	38
Idem de las donaciones. Proyecto alemán	»	»	27
Idem del donatario	623	»	433

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Aceptación en las donaciones...	»	»	434
Idem en vida del donante. Códigos belga y francés.....	»	»	38
Idem por medio de persona autorizada.....	630	»	531
Adopción hecha por el donador después de otorgada la donación.....	»	»	678
Adquisiciones del Estado.....	»	1.°	699
Alemania. Proyecto de Código civil.....	»	»	17
Animales amansados.....	612	»	244
Idem domésticos. Código portugués	»	»	64
Idem fieros. Código portugués..	»	»	64
Idem perdidos. Código portugués	»	»	65
Apéndices.....	»	»	699
Apropiación de las palomas, conejos y peces. Código de Italia.	»	»	48
Idem. Proyecto alemán	»	»	18
Aspecto jurídico de la aceptación. Problemas.....	»	»	545
Averías gruesas.....	»	»	365
B			
Bélgica y Francia.....	»	»	33
Bienes abintestatos.....	»	1.°	699
Idem futuros.....	635	»	591
Idem mostrencos. Código de Méjico..... ..	»	»	90
Idem que comprende la donación entre vivos. Códigos belga y francés.....	»	»	39
Idem que puede comprender la donación.....	634	»	590
Idem que se adquieren por la ocupación.....	610	»	184
Idem que se adquieren por ocupación. Proyecto de 1882.....	»	»	13

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Bienes vacantes	»	1.º	699
Billete de lotería	»	»	321
Buques náufragos	»	1.º	699
C			
Capacidad jurídica para donar	»	»	447
Idem de las mujeres casadas para donar sin consentimiento del marido	»	»	481
Idem del concursado y no rehabilitado para donar	»	»	486
Idem de los locos para donar	»	»	460
Idem de los menores de edad emancipados para donar	»	»	454
Idem del quebrado y no rehabilitado para donar	»	»	486
Caracteres de la donación	»	»	393
Idem de la donación *mortis causa*	»	»	414
Carga en la donación. Proyecto alemán	»	»	29
Caso de excepción en la aceptación	»	»	440
Casos prácticos de la limitación en la donación	»	»	607
Causas de revocación de las donaciones	»	»	669 y 679
Idem de revocación de las donaciones. Proyecto alemán	»	»	30
Caza. Código de Guatemala	»	»	79
Idem. Código portugués	»	»	61
Idem con hurones y con galgos	»	2.º	715
Idem de perdiz con reclamo macho	»	2.º	715
Idem. Derecho vigente	»	»	211
Caza y pesca	»	»	190
Idem íd. Código de Italia	»	»	48
Idem íd. Código mejicano	»	»	90
Idem íd. Código portugués	»	»	61
Certificación de demanda de la cosa hallada. Proyecto alemán	»	»	25

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Cheques y libranzas.....	»	»	340
Circulación y venta de caza....	»	2.°	715
Clasificación de las donaciones. Código de Portugal.....	»	»	70
Idem de los modos adquisitivos por razón de la entidad de la transmisión.....	»	»	163
Concepto de la donación.....	»	»	391
Idem legal de la ocupación.. ..	»	»	186
Condenados á interdicción civil.	»	»	480
Condiciones imposibles en las donaciones. Código italiano....	»	»	53
Conejos. Código de Italia.....	»	»	48
Confusión de enjambres. Proyecto alemán.....	»	»	21
Conservación y cuidado de la cosa hallada. Proyecto alemán.	»	»	23
Consideraciones generales acerca de la ocupación.....	»	»	177
Idem generales. Proyecto de 1851	»	»	5
Contenido de la ocupación.....	»	»	186
Contractualidad.....	»	»	394
Contrato de promesa. Proyecto alemán	»	»	31
Convenio consular entre Francia y España de 7 de Enero de 1862	»	»	371
Idem modificando el de 18 de Febrero de 1886 relativo al ejercicio de la pesca en el Bidasoa..	»	2.°	774
Idem relativo á la pesca en el Bidasoa.....	»	2.°	765
Cosas muebles abandonadas....	»	»	196
Idem íd. Código portugués.....	»	»	66
Idem íd. Proyecto alemán.....	»	»	20
Idem íd. perdidas. Código portugués.....	»	»	66
Crédito de tercero. Proyecto alemán....	»	»	32
Cría y multiplicación de crustáceos.....	»	2.°	751
Cuándo no hay enriquecimiento. Proyecto alemán.....	»	»	28

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
D			
Definición de la donación.....	618	»	388
Idem de las donaciones. Código de Portugal.....	»	»	70
Definición de la donación. Código italiano.....	»	»	49
De la donación.....	»	»	375
Delito cometido por el donatario contra la persona, honra ó bienes del donante.....	»	»	680
Del procedimiento en las sumarias relativas á naufragios ...	»	»	358
Depósito de la cosa hallada. Proyecto alemán.....	»	»	23
Derecho á pedir la reducción de la donación	655	»	691
Idem de acrecer en la donación.	637	»	623
Idem de caza	611	»	208
Idem del inventor al premio del hallazgo y al abono de las impensas que hubiere hecho	»	»	23
Idem de pesca.....	611	»	208
Idem de reserva por parte del donante.....	639	»	628 y 630
Derechos del descubridor del tesoro. Código italiano.....	»	»	48
Idem de los propietarios de enjambres. Proyecto alemán....	»	»	20 y 21
Derecho de reversión de las cosas donadas. Códigos belga y francés.....	»	»	41
Idem mercantil.....	»	»	365
Derechos y acciones del donante	638	»	626
Deslinde de los derechos del propietario y del público.....	»	2.°	731
Destrucción de nidos	»	2.°	715
Devolución de bienes.....	651	»	661
Diferentes modos de adquirir la propiedad.....	»	»	95
Idem íd. Proyecto de 1882.....	»	»	11

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Diversas manifestaciones de la ingratitud	»	»	679
División de los modos de adquirir la propiedad por razón de las relaciones personales que arguyen	»	»	163
Idem de los modos de adquirir la propiedad por razón de su origen jurídico	»	»	163
Donación del usufructo	640	»	629 y 636
Idem en fraude de acreedores	643	»	648
Donantes sin hijos	644	»	655
Dominio comunal de la cosa hallada. Proyecto alemán	»	»	26
Idem de la cosa hallada por parte del inventor cuando no sea reclamada. Proyecto alemán	»	»	24
Donación	609	»	156 y 170
Idem á título de mejora y con dispensa de colación. Códigos belga y francés	»	»	39
Idem basada en futuro matrimonio. Código italiano	»	»	53
Idem con condición imposible. Código italiano	»	»	53
Idem con garantía. Código italiano	»	»	54
Idem con reserva de bienes. Código italiano	»	»	55
Idem con reserva de usufructo. Código italiano	»	»	54
Idem con sustitución. Códigos belga y francés	»	»	41
Idem con sustitución. Código italiano	»	»	55
Idem de bienes futuros. Código italiano	»	»	53
Idem de bienes futuros. Códigos belga y francés	»	»	39
Idem de bienes raíces. Escritura pública	»	»	572

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Donación de bienes susceptibles de hipoteca. Códigos belga y francés	»	»	38
Idem de cosa inmueble y su aceptación	633	»	557
Idem de cosas muebles. Código italiano	»	»	54
Idem de cosas muebles y aceptación por acto posterior	»	»	544
Idem de cosas raíces	»	»	544
Idem de cosas raíces y aceptación por acto posterior	»	»	544
Idem de efectos muebles. Códigos belga y francés	»	»	39
Idem entre vivos. Códigos belga y francés	»	»	39
Donaciones á concebidos y no nacidos	627	»	446
Idem á criaturas abortivas	»	»	521
Idem á Cuerpos jurídicos. Código italiano	»	»	51
Idem á la concubina	»	»	476
Idem á personas inhábiles	628	»	516 y 520
Donaciones. Código de Guatemala	»	»	82
Idem. Código de Italia	»	»	49
Idem. Código de Méjico	»	»	93
Idem. Código portugués	»	»	70
Idem con carga. Proyecto alemán	»	»	29
Idem con causa onerosa	622	»	402
Idem con pensión periódica. Proyecto alemán	»	»	29
Idem escrita de cosa mueble	632	»	557
Idem entre vivos. Código de Portugal	»	»	71
Idem entre vivos. Códigos belga y francés	»	»	34 y 35
Idem hechas conjuntamente á marido y mujer	637	»	623
Idem *mortis causa*	»	»	406
Idem nulas. Código italiano	»	»	53
Idem por causa de muerte	»	»	407

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Donaciones por causa de muerte. Código de Portugal	»	»	71
Idem por causa de muerte é *inter-vivos*. Código de Guatemala	»	»	83
Idem que produzcan sus efectos por muerte del donante	620	»	401
Idem que producen sus efectos entre vivos	621	»	404
Idem remuneratorias	622	»	405
Idem remuneratorias y onerosas. Códigos belga y francés	»	»	35
Idem. Restricciones impuestas á los padres con respecto á sus hijos ilegítimos	»	»	491
Idem. Restricciones impuestas á los padres con respecto á sus hijos legítimos	»	»	490
Idem. Restricciones impuestas á los padres con respecto á sus hijos naturales reconocidos	»	»	490
Idem simuladas	628	»	516
Donación hecha á varias personas	637	»	623
Idem hecha por el pupilo á su tutor antes de la aprobación de las cuentas	»	»	499
Idem onerosa. Código de Portugal	»	»	71
Idem por méritos y servicios	619	»	389
Idem. Proyecto alemán	»	»	27
Idem verbal de cosa mueble	632	»	557
Donatario coheredero. Código de Portugal	»	»	78
Idem mayor de edad. Códigos belga y francés	»	»	38
E			
Echazón	»	»	554
Edictos	»	2.º	715
Efectos con relación á los bienes donados	»	»	682

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Efectos de las donaciones.....	»	»	589
Idem de la revocación á las mejoras introducidas por el donatario.....	»	»	682
Idem de la revocación con relación á los frutos producidos por los bienes donados.....	»	»	682
Idem legales de la revocación...	»	»	682
Idem y limitación de las donaciones. Código de Guatemala.	»	»	86
Idem y limitación de las donaciones. Código italiano.....	»	»	52
Idem y limitación de las donaciones. Proyecto de 1851.....	»	»	9
Idem de las donaciones. Códigos belga y francés.....	»	»	39
Idem de las donaciones. Código de Portugal.....	»	»	73
Ejecución de las donaciones. Proyecto alemán.....	»	»	29
Enajenaciones é hipotecas anteriores y posteriores á la revocación de la donación.....	649	»	660
Enjambres. Código de Italia....	»	»	48
Enjambre de abejas.....	612	»	244
Enjambres de abejas: Código de Guatemala.....	»	»	80
Idem íd. Código portugués.....	»	»	64
Idem íd. Proyecto alemán.....	»	»	20
Enriquecimiento sin consentimiento del enriquecido. Proyecto alemán.....	»	»	27
Entrega de la cosa mueble donada.....	»	»	566
Idem de la cuota disponible en la donación. Códigos belga y francés.....	»	»	39
Escasez de salmón en el Bidasoa.	»	2.°	756
Estricta observancia de la veda.	»	2.°	715
Evicción de la cosa donada	638	»	626
Evicción y saneamiento de las cosas donadas. Código italiano	»	»	54

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Excepciones del contrato de promesa. Proyecto alemán.....	»	»	33
Expedientes administrativos de salvamento.....	»	»	358
Extensión de las donaciones respecto al que no tiene herederos forzosos. Código de Méjico.	»	»	93
Extinción del derecho á perseguir el enjambre de abejas...	»	»	260
Idem del derecho de revocación. Proyecto alemán.....	»	»	30
F			
Forma de hacer las donaciones. Código de Guatemala.	»	»	86
Idem de la donación á título de mejora y con dispensa de colación. Códigos belga y francés.....	»	»	39
Idem de las donaciones. Códigos belga y francés..... ..	»	»	37
Idem íd. Código de Portugal ..	»	»	73
Idem íd. Código mejicano.....	»	»	93
Forma en que han de hacerse las donaciones. Código italiano..	»	»	51
G			
Garantía en la donación. Código italiano..... ..	»	»	54
Gratuidad.....	»	»	398
Idem de las donaciones *mortis causa*.....	»	»	415
Guatemala.....	»	»	78
H			
Hallazgo á tenor de la ley de aguas.....	»	»	339
Idem. Código guatemalteco...	»	»	80
Idem. Código mejicano.....	»	»	91

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Hallazgo. Código portugués....	»	»	67
Idem de cosa mueble.....	615	»	280
Idem de cosas muebles. Código italiano.....	»	»	48
Idem de reses mostrencas.....	»	»	323
Idem de tesoro. Código portugués.....	»	»	68
Idem íd. Proyecto alemán.....	»	»	27
Idem de una cosa mueble que no sea tesoro. Proyecto de 1882 .	»	»	13
Idem de un billete de lotería....	»	»	316
Idem de un documento de giro.	»	»	340
Idem de un resguardo de la Caja de Ahorros.....	»	»	344
Idem en los ferrocarriles.....	»	»	335
Idem. Proyecto alemán.....	»	»	21
I			
Incapacidades absolutas para recibir por donación *inter vivos*..	»	»	493
Idem relativas para recibir por donación *inter vivos*.....	»	»	495
Incumplimiento de condiciones.	647	»	656
Idem de la condición en la donación. Códigos belga y francés.	»	»	42
Idem de las condiciones impuestas por el donador.....	»	»	682
Ingratitud del donatario.....	648	»	658 y 679
Inoficiosidad de la donación....	636	»	591
Irrevocabilidad.....	»	»	399
Idem de las donaciones *inter vivos*. Código de Portugal.....	»	»	71
Italia.....	»	»	47
J			
Jurisdicción competente para conocer de los naufragios.....	»	»	357

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
L			
La donación en los Códigos extranjeros	»	»	377
La donación en Roma	»	»	379
La ocupación en el derecho público internacional	»	»	181
La revocación en el derecho antiguo	»	»	663
Ídem en la ley Hipotecaria	»	»	686
Ídem en los Códigos modernos	»	»	663
Legislación de Aduanas	»	»	367
Letra de cambio	»	»	340
Ley	»	»	164
Ley de aguas acerca del hallazgo	»	»	339
Ley de caza de 10 de Enero de 1879	»	2.°	705
Libertad de disponer por donación. Su historia	»	»	594
Licencia de caza y pesca	»	»	243
Ídem de caza, pesca y uso de armas	»	2.°	722
Ídem de uso de armas	»	»	243
Ídem de uso de armas para el Ejército	»	2.°	727
Limitación de las donaciones	»	»	589
Ídem íd. Códigos belga y francés	»	»	39
Ídem íd. Código de Portugal	»	»	73
Ídem y efectos de las donaciones. Proyecto de 1882	»	»	16
Lugar del cumplimiento de las donaciones. Proyecto alemán	»	»	30
M			
Mayores de diez y ocho años y menores de veintitrés	»	»	448
Méjico	»	»	90

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Mejora de la cosa hallada: su restitución. Proyecto alemán.	»	»	25
Menores de diez y ocho años....	»	»	448
Modos adquisitivos y transmisivos.....	»	»	158
Modos de adquirir el dominio. Código de Guatemala.....	»	»	78
Idem íd. la propiedad. Códigos belga y francés.....	»	»	33
Idem íd. íd. Código de Italia...	»	»	47
Mora. Proyecto alemán...	»	»	29
Muerte como causa de la donación. Código de Portugal.....	»	»	71
N			
Nacimiento de hijos legítimos..	»	»	675
Idem íd. naturales.....	»	»	676
Naturaleza de las donaciones...	»	»	385
Idem. Código de Guatemala....	»	»	82
Idem. Código de Portugal.....	»	»	70
Idem. Código italiano.....	»	»	49
Idem. Códigos belga y francés..	»	»	35
Idem. Proyecto de 1851..... ..	»	»	6
Idem. Proyecto de 1882.....	»	»	14
Naufragio	»	»	354 y 365
No asignación de cuotas.....	»	»	625
Nociones histórico-legales referentes á la donación *mortis causa*	»	»	407
Notificación y anotación de la donación.....	631	»	531
Nulidad de enajenaciones é hipotecas.....	617	»	656
Nulidad de la reversión.....	611	»	629
Idem de las donaciones. Código italiano.....	»	»	53
Idem de la sustitución en la donación. Código italiano.....	»	»	56

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
O			
Objetos arrojados al mar.....	617	»	345 y 354
Idem íd. Código italiano.....	»	»	48
Idem íd. á las playas litorales...	»	»	349
Idem encontrados en las mensajerías, oficinas de Administración pública ó institución pública de comercio. Proyecto alemán.....	»	»	26
Idem que las olas arrojan á la playa.....	617	»	345
Obligación de la donación.....	629	»	527
Idem de pagar las deudas del donante.....	642	»	648
Idem por el inventor de advertirlo al propietario de la cosa. Proyecto alemán.....	»	»	22
Ocupación.....	609	»	155 y 164
Idem. Código de Guatemala....	»	»	79
Idem. Código de Portugal.....	»	»	60
Idem. Códigos belga y francés..	»	»	33
Idem. Código de Italia.....	»	»	48
Idem de animales dañinos. Código portugués.....	»	»	64
Idem íd. domésticos. Código portugués.....	»	»	64
Idem. íd. fieros. Código portugués.....	»	»	64
Idem. íd. perdidos. Código portugués.....	»	»	65
Idem de cosas inanimadas. Código portugués.....	»	»	66
Idem íd. muebles. Código portugués.....	»	»	66
Idem de embarcaciones. Código mejicano.....	»	»	93
Idem de las abejas. Código de Guatemala.....	»	»	80
Idem de las palomas. Código de Guatemala.....	»	»	80

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Ocupación de los enjambres de abejas. Código portugués....	»	»	64
Otras causas de revocación de la donación.....	»	»	682
P			
Palomas. Código de Guatemala.....	»	»	80
Idem. Código de Italia.....	»	»	48
Parte de los bienes que se puede donar. Códigos belga y francés	»	»	39
Peces. Código de Italia.....	»	»	48
Perfección de la donación.....	623	»	433
Idem id. Códigos belga y francés.	»	»	36 y 38
Idem de las donaciones. Código de Guatemala.....	»	»	83
Idem de la donación. Regla general.....	»	»	440
Persecución y ocupación de los enjambres de abejas. Proyecto de 1882.....	»	»	13
Personas incapacitadas en absoluto para disponer de sus bienes por título de donación....	»	»	448
Idem incapacitadas relativamente para transmitir por título de donación.....	»	»	481 y 490
Idem interpuestas.....	628	»	516
Idem que no pueden aceptar donaciones condicionales....	626	»	446
Idem que no pueden aceptar donaciones onerosas.....	626	»	446
Idem que pueden aceptar donaciones.....	625	»	446
Idem que pueden hacer donaciones.....	624	»	442 y 444
Idem que pueden hacer donaciones. Código de Portugal.....	»	»	71
Idem que pueden hacer donaciones. Código italiano.....	»	»	50

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Personas que pueden hacer ó recibir donaciones. Códigos belga y francés	»	»	36
Idem que pueden hacer ó recibir donaciones. Código de Guatemala	»	»	84
Idem que pueden dar ó recibir por donación. Proyecto de 1882	»	»	15
Idem que pueden hacer ó recibir donaciones. Proyecto de 1851.	»	»	7
Idem que pueden recibir donaciones	»	»	442
Idem que pueden recibir donaciones. Código de Italia	»	»	50
Idem que pueden recibir donaciones. Código de Portugal	»	»	71
Pesca	»	2.°	731
Idem. Código guatemalteco	»	»	79
Idem. Código portugués	»	»	63
Idem de crustáceos	»	2.°	751
Idem. Derecho vigente	»	»	219
Idem en el Algarbe	»	2.°	778
Idem fluvial internacional	»	»	239
Idem marítima	»	»	231
Petición de licencias	»	2.°	730
Plantas y hierbas que crecen en la ribera del mar	617	»	345
Pluralidad de sujetos	»	»	624
Portugal	»	»	60
Premio del hallazgo	616	»	284
Prescripción	609	»	156 y 174
Idem de la acción de revocación	646	»	656
Presunción de muerte del hijo ausente	»	»	677
Prevenciones á los Gobernadores sobre observancia de la ley de caza	»	2.°	719
Procedimiento para reducir la donación inoficiosa	»	»	696
Pródigos: su capacidad para donar	»	»	470

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Promesa de una prestación á un tercero. Proyecto alemán.....	»	»	31
Idem bilateral. Proyecto alemán	»	»	32
Idem. Proyecto alemán..	»	»	31
Idem unilateral. Proyecto alemán.....	»	»	31
Propagación y aprovechamiento de mariscos.....	»	2.°	744
Propiedad de las palomas.....	613	»	269
Idem de los conejos.....	613	»	269
Idem de los peces.....	613	»	269
Idem. Proyecto alemán.....	»	»	18
Idem de las bestias salvajes. Proyecto alemán.....	»	»	19
R			
Reaparición del hijo ausente. ..	»	»	677
Recuperación de animales amansados.....	»	»	263
Idem de enjambres.....	»	»	251
Idem de los enjambres de abejas. Su fundamento natural.....	»	»	246
Idem íd. íd. Su manisfestación legal.....	»	»	248
Redacción de los textos vigentes del Código civil acerca de las *donaciones mortis causa*.....	»	»	406
Reducción de donación inoficiosa.....	654	»	690
Idem de donaciones inoficiosas. Código de Portugal.....	»	»	77
Idem de la donación más reciente.....	656	»	692
Idem de la donación por el donatario coheredero. Código de Portugal.....	»	»	78
Idem íd. por inoficiosa.....	654	»	660
Idem de las donaciones.....	»	»	654
Idem íd. Código de Portugal...	»	»	76
Idem íd. Código italiano.....	»	»	59

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Reducción de las donaciones. Códigos belga y francés.....	»	»	46
Idem en especie. Código de Portugal.....	»	»	77
Reglamento de la ley del timbre.	»	2.°	726
Renuncia anticipada.....	652	»	661
Renta de Aduanas.....	»	1.°	703
Repoblación de los ríos.....	»	2.°	226 y 762
Repoblaciones ictícolas.....	»	2.°	733
Requisitos de la promesa unilateral. Proyecto alemán.....	»	»	31
Rescisión de la donación por superveniencia de hijos.....	644	»	655
Reserva de bienes donados. Códigos belga y francés.....	»	»	40
Idem de bienes en la donación. Código italiano.....	»	»	55
Idem del usufructo de bienes donados. Códigos belga y francés.....	»	»	40
Idem íd. de bienes mobiliarios donados. Códigos belga y francés.....	»	»	40
Idem íd. en la donación. Código italiano.....	»	»	54
Idem en la donación.....	634	»	590
Restitución al donante de los bienes donados.....	645	»	655
Idem de la cosa perdida. Proyecto alemán.....	»	»	22
Idem de los bienes donados. Proyecto alemán.....	»	»	30
Retención de la cosa encontrada. Proyecto alemán.....	»	»	24
Reversión de efectos donados. Código italiano.....	»	»	55
Idem en la donación.....	641	»	629 y 647
Revocación de la donación por incumplimiento de la misma. Códigos belga y francés.....	»	»	43
Idem íd. por ingratitud. Códigos belga y francés.....	»	»	43

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Revocación de la donación por ingratitud. Proyecto alemán..	»	»	30
Idem íd. por superveniencia de hijos. Códigos belga y francés.	»	»	44
Idem de las donaciones.....	»	»	654
Idem íd. Código de Portugal...	»	»	76
Idem íd. Código italiano.....	»	»	56
Idem íd. Códigos belga y francés.....	»	»	42
Idem íd. Código mejicano.....	»	»	94
Revocabilidad de las donaciones *mortis-causa*.....	»	«	416
Revocación de las donaciones. Proyecto alemán..	»	»	30
Idem y reducción de las donaciones. Código de Guatemala.	»	»	87
Idem íd. íd. Proyecto de 1851...	»	»	9
Idem íd. íd. Proyecto de 1882...	»	»	16
S			
Saneamiento de la cosa donada.	638	»	626
Solemnidades externas de la donación. Excepciones. Proyecto alemán.....	»	»	28
Sordo-mudos que no sepan escribir.....	»	»	469
Idem. Su capacidad para donar.	»	»	460
Subasta de la cosa hallada. Proyecto alemán.....	»	»	23
Subrogación del donatario.....	638	»	626
Sucesión testada é intestada....	609	»	156 y 171
Sustitución en la donación. Código italiano.....	»	»	55
Idem íd. Códigos belga y francés.	»		41
T			
Tesoro. Código de Guatemala..	»	»	81
Idem. Código italiano.....	»	»	48
Idem. Código mejicano.....	»	»	91
Idem. Código portugués	»	»	68

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Tesoros descubiertos en terrenos del Estado	»	1.º	699
Tesoro oculto	614	»	277
Testamentos. Códigos belga y francés	»	»	34
Texto de los artículos del Código	»	»	783
Tiempo dentro del cual debe hacerse la donación	»	»	539
Timbre del Estado	»	2.º	726
Idem de treinta pesetas	»	2.º	728
Tradición	609	»	156 y 172
Transmisión de la acción á los herederos	653	»	661
Idem de la propiedad por la ley	609	»	156
Tratado de comercio y navegación con Austria-Hungría celebrado en 1880	»	»	373
Idem íd. íd. con Dinamarca, firmado en Madrid en 4 de Julio de 1893	»	»	372
Tratados de comercio y navegación	»	»	371
U			
Usufructo de bienes donados. Códigos belga y francés	»	»	40
Uso y aprovechamiento del mar litoral y de sus playas	»	»	351
V			
Validez de la aceptación presunta ó tácita	»	»	542
Valor de los bienes enajenados. Derecho del donante	650	»	660
Veda en aguas dulces	»	2.º	789
Venta de géneros de las Aduanas	»	1.º	703
Vicio en la cosa donada. Proyecto alemán	»	»	28

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
203	13	8.°	3.°
257	7	*cerrar*	*cercar*
335	7	mostreuecas	mostrencas
393	12	gratitud	gratuidad
417	8	*facta*	*factas*
428	38	otortada	otorgada
429	22	nostrotros	nosotros
431	1	no fué fecha	fué fecha
435	21	*tit. XLIV, lib. VII*	*tit. VII, lib. XLIV*
436	12	dos natario	donatario
444	22	veyendo	seyendo
517	23	*de un contrato*	*de otro contrato*
534	30	*Ley 55, tit. LXIV, libro VII*	*Ley 55, tit. XLIV, libro VII*
587	15	término	términos
594	27	muestas	muestras
638	3	contra	contrato
677	19	por visto	por lo visto
684	35	*lib. XXXVII*	*lib. XXXIX*
731	1.ª	*1884*	*1834*

Este tomo se acabó de
imprimir en Madrid
en la imprenta de
Ricardo Rojas
el día 18 de
Agosto del
año de
1896